

O controle de constitucionalidade dos decretos autônomos

Alaíde Sampaio Costa

Analista processual do Ministério Público da União (MPU), lotada no Ministério Público Federal (MPF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2009). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2010). Mestranda no Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão.

Resumo: Objetiva-se com o presente trabalho fomentar a discussão sobre a invasão de reserva de lei pelos chamados decretos autônomos. A referida discussão aborda a possibilidade de tais decretos serem objeto de controle de constitucionalidade, como exceção à regra de controle de legalidade dos decretos, em prol da supremacia da Constituição e da separação dos poderes.

Palavras-chave: Reserva de lei. Decreto Autônomo. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: The aim of this paper is to stimulate discussion about the invasion of reserve law by decrees called autonomous. This discussion addresses the possibility of such decrees are subject to constitutional control, as an exception to the rule control of legality of the decrees in favor of the supremacy of the Constitution and the separation of powers.

Keywords: Reservation of law. Autonomous Decree. Judicial Review.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos gerais do controle de constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988. 2.1 Considerações iniciais. 2.2 Espécies de controle. 2.2.1 Notas iniciais.

2.2.2 Quanto à natureza do órgão controlador. 2.2.3 Quanto ao momento do controle. 2.3 Controle principal e incidental. 2.3.1 Controle principal. 2.3.2 Controle incidental. 2.4 Espécies sujeitas a controle. 3 Os decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Tipos de decretos. 3.1.1 Apontamentos iniciais. 3.1.2 Decreto regulamentar. 3.1.3 Decreto autônomo. 3.2 Os decretos na Constituição Federal. 3.3 Decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro – posicionamentos doutrinários. 3.3.1 Considerações iniciais. 3.3.2 Posicionamentos contrários à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil. 3.3.3 Posicionamentos favoráveis à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil. 4 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos. 4.1 Controle de legalidade dos decretos regulamentares. 4.2 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações doutrinárias. 4.3 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações jurisprudenciais. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê o controle de constitucionalidade no Brasil, tema que envolve a supremacia da constituição, a separação de poderes e os aspectos relativos ao sistema, aos órgãos e às formas de controle.

Levando-se em conta a hierarquia das normas, de modo geral, o controle de constitucionalidade refere-se às normas primárias, ao passo que, quanto às normas secundárias, tem-se o controle de legalidade.

Tal discussão toma contornos interessantes quando são analisados os decretos. Estes podem ser do tipo individual ou podem ter caráter normativo e geral. Nesse último caso, são tidos como normas secundárias de competência do chefe do Poder Executivo.

A Constituição Federal prevê expressamente os decretos do chefe do Executivo no art. 84, VI, *a* e *b*. Quanto à primeira alínea, a doutrina demonstra-se pacífica ao afirmar tratar-se de decretos regulamentares (ou de mera execução). Porém, quanto à segunda

alínea, existe questionamento sobre tratar-se de possível permissão de edição dos chamados decretos autônomos.

Independentemente dos posicionamentos contrários ou favoráveis à possibilidade de edição de decretos autônomos em conformidade com o ordenamento constitucional brasileiro, a doutrina e a jurisprudência tecem considerações relevantes sobre o controle de tais normas quanto ao modo de análise, se de legalidade ou de constitucionalidade.

Este trabalho tem por objeto analisar o controle dos decretos quando apresentam impropriedades em relação à Constituição Federal de 1988. Este estudo, buscando melhor desenvolver o tema, divide-se em três etapas.

A primeira faz considerações gerais quanto ao controle de constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988. Nela, são abordadas questões iniciais sobre o assunto, sem a pretensão de esgotá-lo.

A segunda cuida dos decretos no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que são analisadas as funções dos decretos segundo a Constituição Federal, os tipos de decretos, segundo classificação doutrinária dominante, e posicionamentos favoráveis e contrários à possibilidade de edição de decretos autônomos no Direito pátrio.

Por fim, a terceira etapa enfoca a questão do controle de constitucionalidade dos decretos autônomos. Como consideração inicial, trata do controle de legalidade dos decretos regulamentares, para contrapor, em seguida, as considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão.

Para melhor compreensão do tema, é feita uma abordagem dos principais doutrinadores que tratam sobre o assunto e das análises feitas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, são apresentadas as conclusões resultantes desta pesquisa.

2 Aspectos gerais do controle de constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988

2.1 Considerações iniciais

As normas jurídicas têm como uma de suas características a imperatividade. A Constituição Federal, como norma jurídica, também possui esse atributo, porém, com uma feição peculiar, pois tem posição de proeminência sobre as demais.

Essa posição de destaque, de superioridade, sobre as outras normas corresponde à chamada supremacia constitucional. O controle de constitucionalidade afigura-se uma importante garantia dessa supremacia, pois, por meio dele, é possível afastar antinomias que venham a agredir os preceitos da Constituição.

No dizer de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 262-263),

o controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.

Desse ensinamento, além de se extrair um conceito, é possível observar que o controle pode-se dar por mais de uma maneira, o que será analisado no tópico seguinte.

Vale pontuar o reconhecimento à relevância dos aspectos históricos e do direito comparado no estudo do controle de constitucionalidade. Entretanto, neste trabalho, não há como esgotar

o assunto, motivo pelo qual serão abordados os pontos mais diretamente relacionados à temática proposta.

2.2 Espécies de controle

2.2.1 Notas iniciais

Como já mencionado, o controle de constitucionalidade pode ser realizado de várias maneiras. Para sistematizar o estudo sobre o assunto, a doutrina classifica as espécies de controle.

Entre as várias possibilidades de classificação, destacam-se aquelas quanto à natureza do órgão controlador, quanto ao momento do controle e quanto ao modo de exercício.

2.2.2 Quanto à natureza do órgão controlador

Diz-se, quanto à natureza do órgão, que o controle pode ser classificado em político (ou não judicial), judicial (ou jurisdicional, ou judiciário, ou jurídico), ou misto (ou eclético, ou híbrido).

Na primeira espécie, a verificação da constitucionalidade cabe a um órgão com natureza eminentemente política, não integrante do Poder Judiciário. Já na segunda, o órgão competente para exercer o controle faz parte do Poder Judiciário ou, mesmo sem integrá-lo, tem atuação de natureza jurisdicional. Finalmente, a terceira ocorre quando a Constituição submete certas normas ao controle político e outras ao judicial (BULOS, 2009, p. 111-112).

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, Alexandre de Moraes (2003, p. 581) assim ensina:

[...] tradicionalmente e em regra, no Direito Constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato norma-

tivo contrários à Constituição. Por sua vez, os Poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

Em razão de conjugar os controles político e jurídico, a doutrina entende ser o controle misto a espécie adotada pelo Brasil.

2.2.3 Quanto ao momento do controle

Quanto ao momento em que é realizado, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo. Diz-se preventivo (ou *a priori*) quando antes do ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, e repressivo (ou *a posteriori*) quando posterior, depois de perfeito o ato, de promulgada a lei (FERREIRA FILHO, 2008, p. 36). Este tem por objetivo expurgar a norma contrária à Constituição e aquele, por sua vez, busca evitar o ingresso da norma desconforme no ordenamento jurídico.

O sistema nacional permite que ambas as espécies, controle preventivo e repressivo, sejam realizadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O controle preventivo realizado pelo Legislativo tem fundamento no próprio processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal, uma vez que os projetos de lei devem ser analisados por ambas as casas do Congresso Nacional, o que oportuniza aos parlamentares verificar a constitucionalidade dos dispositivos constantes na norma e, caso em desconformidade com a Carta Maior, rejeitá-los ou emendá-los, de forma a compatibilizá-los aos direitos e deveres constitucionalmente previstos.

Quanto ao preventivo realizado pelo Executivo, seu fundamento está na Norma Fundamental, no art. 66, § 1º, segundo o qual “se o Presidente da República considerar o projeto, no todo

ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis [...]”. É o chamado veto jurídico.

Aqui cabe mencionar o dizer de Pedro Lenza (2008, p. 135) acerca do tema:

Caso o Chefe do Executivo entenda ser o projeto de lei inconstitucional poderá vetá-lo, exercendo, desta feita, o controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, antes de o projeto de lei se transformar em lei.

Em relação ao controle prévio realizado pelo Judiciário, a jurisprudência se firmou no sentido de que ele objetiva garantir ao parlamentar o direito de participar de um processo legislativo constitucional. O controle ocorre pela via de exceção, com o intuito de defender o direito do parlamentar.

Quanto ao controle de constitucionalidade repressivo, este também pode ser realizado pelo Legislativo, pelo Executivo e, principalmente, pelo Judiciário. O realizado pelos dois primeiros representa exceção à regra geral do sistema de controle jurisdicional misto adotado no Brasil.

Sua previsão é feita na própria Constituição Federal de 1988. Os arts. 49, V, e 62 preveem o controle repressivo realizado pelo Legislativo. O primeiro trata da competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; ao passo que o segundo possibilita ao Congresso Nacional analisar as medidas provisórias editadas pelo presidente da República.

Em relação ao controle repressivo realizado pelo Executivo, este se relaciona aos chamados “efeitos irradiantes” produzidos pelo princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual os poderes devem cumprir as leis compatíveis com a Constituição.

Finalmente, o controle realizado pelo Judiciário é a regra e pode ser o objeto principal da demanda ou uma preliminar que surge de forma incidental. É o que se analisa a seguir.

2.3 Controle principal e incidental

2.3.1 Controle principal

O controle principal de constitucionalidade se realiza por meio de uma “*ação direta*, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 327).

Em outras palavras, a ação não tem outro objetivo senão questionar a constitucionalidade da norma para, ao final, declará-la constitucional ou inconstitucional.

O controle principal tem origem no sistema austríaco, que possui como características o questionamento da norma de forma abstrata, independente de um caso concreto, e fiscalização por um órgão de cúpula do Poder Judiciário.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 conferiu essa competência ao Supremo Tribunal Federal, em seu art. 102, I, *a*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

No âmbito infraconstitucional, o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória

de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal são regulamentados pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

De acordo com a mencionada lei, depois de proposta a ação direta, não se admitirá desistência. Isso se explica pela própria natureza abstrata da ação, não há uma discussão de fundo com partes defendendo interesses pessoais, o objetivo é declarar a (in) constitucionalidade da lei ou ato normativo, protegendo, assim, a supremacia constitucional. De tal proteção, o legitimado que iniciou a ação não pode desistir.

Por ser abstrato, em tese, sem partes, o controle principal possui também como uma de suas características ter, em regra, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, contra todos e desde o início. Diz-se em regra em razão da chamada modulação de efeitos que pode ser realizada pelo órgão de controle.

A modulação de efeitos é técnica prevista da Lei n. 9.868/1999. O art. 27 da mencionada norma estabelece que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como a regra é o efeito *ex tunc*, em razão do dominante princípio da nulidade da lei inconstitucional, a modulação de efeitos deve ser expressa e por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, sendo que, caso não seja feita a ressalva, deve-se entender que os efeitos serão retroativos. Considerando isso, a Corte Suprema entende, até mesmo, ser cabível opor embargos de declaração quando a decisão não menciona os efeitos temporais do julgado.

Além disso, por se pautar em razões de segurança nacional ou de excepcional interesse social, a modulação de efeitos pode ser aplicada pela Corte independentemente de pedido do requerente ou do requerido.

Nesse sentido é o julgado a seguir:

Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Distrital n. 3.642/2005, que “dispõe sobre a comissão permanente de disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal”. Ausência de pedido anterior. Necessidade de modulação dos efeitos. 1. O art. 27 da Lei n. 9.868/1999 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei n. 9.868/1999. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 3.642/2005 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado¹.

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601-DF*. Embargante: Governador do Distrito Federal. Relator: Dias Toffoli. Brasília-

Assim, é possível dizer que o controle principal analisa a norma de forma abstrata, sem um caso concreto, e no Brasil isso compete ao Supremo Tribunal Federal, sendo que, após proposta a ação, não será admitida a desistência e a decisão pode ter seus efeitos modulados.

2.3.2 Controle incidental

Diversamente do que ocorre no controle principal, no controle incidental há um caso concreto, cuja solução depende da análise sobre a aplicação ou não de determinada lei, o que leva a verificação de sua constitucionalidade.

Assim, a análise referente à inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma aparece como questão prejudicial, a ser realizada antes de ser analisado o mérito da causa. Dito de outro modo, o julgador deve decidir sobre a conformidade da norma com a Constituição e, em seguida, sobre a sua aplicação ao caso concreto.

No Brasil, esse controle pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, ressaltando-se, neste último caso, a previsão do art. 97 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Trata-se da chamada cláusula de reserva de plenário, a respeito da qual o Supremo editou a Súmula Vinculante n. 10, com o seguinte texto:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

-DF, 9 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

O sentido da súmula é esclarecer que a decisão que afasta a incidência de lei ou ato normativo está realizando o controle de constitucionalidade incidental, ainda que não diga expressamente tratar-se de controle, fato que atrai a aplicação do art. 97 da Constituição da República.

Os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc* e restringem-se às partes, sendo que, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Sem aprofundar no assunto, mas apenas a título de registro, há interessante discussão jurídica sobre essa suspensão dos efeitos da lei inconstitucional a cargo do Senado Federal. Por um lado, há o entendimento de ser discricionária a suspensão e, por outro, há entendimento minoritário no sentido de ter havido mutação constitucional, de modo que a decisão definitiva da Corte não necessitaria do ato do Senado Federal para suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional por meio do controle difuso.

2.4 Espécies sujeitas a controle

O ato público (ou mesmo privado) pode apresentar desconformidade ante a Constituição Federal de várias maneiras, entretanto, é possível que não haja previsão para o questionamento direto da constitucionalidade desse ato.

Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 109) pontua que: “Certamente, uma coisa é *reconhecer* a inconstitucionalidade que afeta o ato público ou privado; outra é controlá-la”.

A Carta de 1988, no supracitado art. 102, prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Assim, o controle de constitucionalidade relaciona-se, em sede de ADI e ADC, a lei e ato normativo. No dizer de Alexandre de Moraes (2003, p. 608),

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo.

No mesmo sentido, Fredier Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 416) pontuam que a ADIN “não cuida do julgamento de um caso concreto, mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese, uma ação de validade entre normas”.

Dessa feita, deve ser observado o preenchimento dos requisitos do ato, ele deve ter conteúdo normativo, prescrição geral e abstrata, e ter relação direta com a Constituição Federal.

O questionamento deve dirigir-se a comando constitucional e não a um comando infraconstitucional, como o que se poderia vislumbrar no caso de desconformidade do ato com uma lei, ou de uma lei ordinária em face de uma lei complementar.

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 142) fazem interessante consideração sobre o assunto, esclarecendo que “a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional”.

Essa observação dos doutrinadores diz respeito aos comandos estabelecidos em norma infralegal sem devida observação dos limi-

tes da lei que pretende regulamentar, pois, uma vez ultrapassados esses limites, ela produz inovação que pode ser confrontada diretamente em face da Constituição.

Assim, é possível visualizar o tênue limite entre o que pode ser analisado com base nos padrões de legalidade e o que pode ser questionado diretamente com base nas disposições com previsão constitucional.

Nesse aspecto, as chamadas normas primárias possuem vinculação direta com a Constituição; no caso do ordenamento constitucional pátrio, têm previsão no art. 59 da Constituição de 1988, segundo o qual o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Caso não haja essa relação, o ato deve ser confrontado com a norma que lhe é superior, no dizer de José Afonso da Silva (2005, p. 47),

[...] do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. A *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. [g.n.]

Assim, a compatibilidade vertical deve ser observada no controle de constitucionalidade das normas e, em decorrência disso, como regra, as normas primárias, que possuem relação direta com a Constituição, devem ser objeto de análise quanto à sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

De igual modo, em decorrência da compatibilidade vertical, em regra, as normas que se encontram com relação direta com

a lei, ou seja, possuem como seu fundamento de validade uma norma infraconstitucional, e não a Constituição de forma direta, devem ser questionadas por outro critério, qual seja, sua legalidade ou ilegalidade.

Diz-se em regra porque, conforme será analisado, o caso dos decretos autônomos possui peculiaridade no que diz respeito a esse confronto (em face da lei/Constituição), particularidade essa tema deste trabalho.

Desse modo, todas as leis e todos os atos normativos devem guardar conformidade com a Lei Maior, entretanto, o reconhecimento de uma desconformidade é diferente do seu controle propriamente dito.

O controle de constitucionalidade, como padrão, dirige-se às leis e aos atos normativos decorrentes diretamente da Constituição Federal, as chamadas normas primárias previstas no art. 59 da Carta Magna, ao passo que as normas que possuem fundamento de validade em uma norma infraconstitucional têm, por regra, seu questionamento no âmbito da legalidade ou ilegalidade.

3 Os decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Tipos de decretos

3.1.1 Apontamentos iniciais

A doutrina entende por decreto um meio pelo qual a Administração exterioriza sua vontade, um veículo de expedição de ato, de continente, e não de conteúdo. Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 421) ensina que decreto “é a fórmula pela qual o Chefe do Poder Executivo (federal, estadual, distrital e municipal) expede atos de sua competência *privativa* (art. 84 da Constituição)”.

Esse instrumento deve ser utilizado com cautela para bem se adequar ao Estado de Direito. Sobre o ponto, Pinto Ferreira (1996, p. 382) destaca que:

Na elaboração dos decretos, o Poder Executivo não deve ampliar os limites normais de suas atribuições, violando a ordem jurídica estabelecida pela Constituição. Os decretos têm de ser elaborados no respeito às normas legais. É importante esclarecer que deve existir destarte uma legalidade dos decretos.

Por meio de decreto podem ser expedidas normas gerais, como os regulamentos, ou individuais, como a declaração de interesse público de um imóvel para fins de reforma agrária.

Para a contextualização do tema aqui apresentado, este trabalho acadêmico tem como objeto de interesse o decreto referente a normas gerais, uma vez que eles possuem normatividade, ao passo que os decretos individuais são atos de efeito concreto, e o Supremo Tribunal Federal não admite controle concentrado de ato com efeito concreto.

Assim, tratando dos decretos que expedem normas gerais, Edmir Netto de Araújo (2005, p. 38) apresenta a seguinte definição:

É a norma jurídica de caráter geral e externo, que retira sua validade e eficácia da própria lei regulamentada e se destina a esclarecê-la, detalhá-la, bem como facilitar sua operacionalidade e aplicação, muitas vezes qualificada como lei material ou substancial. No ordenamento jurídico brasileiro, é da competência privativa dos chefes de Poder Executivo [...].

Os decretos de caráter geral podem ser classificados em regulamentar (ou de mera execução) e autônomo (ou independentes), tomando por base a inovação ou não na ordem jurídica.

3.1.2 Decreto regulamentar

Decreto regulamentar é aquele previsto na Carta Maior para complementar ou detalhar a disciplina de uma norma legislativa (DI PIETRO, 2004, p. 78), dentro dos limites da lei, não sendo possível quando o sistema jurídico constitucional reservar outra forma específica para tratar sobre determinada matéria, ou seja, não pode invadir a reserva legal.

Ele é um tipo de ato normativo secundário, pois possui como fundamento de validade uma norma infraconstitucional, não inova originariamente na ordem jurídica, trata de assunto já regulamentado por lei, trazendo detalhes para sua fiel execução, tece as minudências que o legislador entendeu por bem não prever diretamente na norma primária (lei).

Dessa maneira, o decreto regulamentar pressupõe a ideia de uma lei a ser regulamentada, a existência de pontos na norma sobre os quais o legislador não tratou com pormenores, motivo pelo qual é necessário aclarar determinado aspecto, muitas vezes imprescindível para a aplicação da lei no caso concreto, como um conceito ou o modo pelo qual o comando legal deve se realizar.

Exemplo de situação em que a lei necessita dessa regulamentação é a norma penal em branco, que, na definição de Ricardo Antonio Andreucci (2010, p. 48),

são aquelas em que a sanção é determinada, sendo indeterminado o seu conteúdo. Para ser executada, portanto, a norma penal em branco depende do complemento de outras normas jurídicas ou de futura expedição de certos atos administrativos.

Não se quer com isso dizer que a regulamentação de norma será sempre feita por meio de decreto, mas é possível afirmar que o decreto regulamentar pode ser um dos instrumentos adequados à

regulamentação de leis, caso tal regulamentação seja de competência do chefe do Poder Executivo, situação que pode ocorrer, por exemplo, no caso da norma penal em branco.

Exatamente por visar a regulamentar uma lei esse tipo de decreto não pode dispor *contra legem* nem *praeter legem*, ou seja, contra a lei ou mais que a lei, pois, se for contrário, será ilegal, e, se extrapolar a matéria de que trata a lei, poderá ser considerado inconstitucional.

Nesse ponto, cabe aclarar que, extrapolando a matéria e inovando originariamente na ordem jurídica, o decreto deixa de ser de mera execução e passa a ser autônomo, pois, reiterar-se, o decreto regulamentador pressupõe uma norma a ser regulamentada.

3.1.3 Decreto autônomo

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 170), “decreto *autônomo* é espécie do gênero decreto executivo, que dispõe sobre assuntos que ainda não foram disciplinados pelo legislador”.

Nessa linha de raciocínio, o decreto autônomo irá expedir uma norma com caráter geral e abstrato, aplicável a todos os administrados que se encontrem na mesma situação nele prevista.

Esse tipo de decreto tem como característica marcante o fato de inovar originariamente em determinada matéria, disciplinando assunto ainda não regulado especificamente em lei.

Nesse caso, ele não será editado em função de uma lei e, assim, não terá a lei como sua fonte de validade, pois ela não lhe dá suporte em relação à matéria, de modo que o decreto não estará regulamentando disciplina legal.

Por esse motivo, diferente daquilo que ocorre com o decreto regulamentar, o decreto autônomo não pressupõe uma lei a ser regulamentada, ele será a norma a criar, modificar, ou extinguir

direitos e deveres na ordem jurídica, razão pela qual a doutrina entende que o decreto autônomo retira seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, sem necessidade de uma lei intermediária.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 130), os decretos autônomos (ou independentes) são “destinados a suprir lacunas da lei”.

Dessa maneira, depreende-se que eles também não devem ser utilizados quando a Constituição possuir previsão de uma outra forma específica para tratar sobre determinada matéria, ou seja, também não podem invadir a reserva legal, podem tão somente suprir as lacunas deixadas por lei.

Nesse aspecto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 336) esclarecem que as matérias a serem disciplinadas por meio de decretos autônomos são aquelas submetidas à denominada “reserva da Administração”.

Por esse entendimento, a matéria a ser tratada por meio de decreto autônomo seria aquela sobre a qual cabe à Administração decidir por meio de critérios próprios, sem a ingerência no legislador.

Sobre os casos de utilização dos decretos, cabe analisar o que diz a Constituição Federal de 1988, conforme passa a ser analisado no item seguinte.

3.2 Os decretos na Constituição Federal

A Lei Suprema de 1988 possui previsão sobre a expedição de decretos no Capítulo “Do Poder Executivo”, Seção “Das atribuições do Presidente da República”, de modo a aclarar o primeiro ponto acerca do assunto, qual seja, a autoridade competente.

Com efeito, o chefe do Poder Executivo possui atribuição para expedir decretos, de modo que, no âmbito federal, a referência dirige-se ao presidente da República. Considerando o princípio da simetria, essa atribuição nos estados será do governador e nos municípios do prefeito.

Evoluindo na análise proposta, o art. 84, IV e VI, trata especificamente sobre os casos em que os decretos podem ser editados. Esta é a redação do dispositivo citado:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

O primeiro inciso dispõe sobre a competência do presidente da República, para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Tal ato é unilateral, privativo e recebe o nome de decreto executivo ou regulamentar.

Quanto ao segundo inciso, este é fruto da alteração feita pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001 (EC n. 32/2001). A redação anterior possibilitava ao presidente “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”.

Em razão dessa mudança na redação, antes “na forma da lei” e atualmente “mediante decreto”, parte da doutrina considerou que essa previsão possibilita a expedição de decretos autônomos nos casos previstos nas alíneas seguintes, enquanto outra parcela da doutrina entendeu tratar-se novamente de decreto regulamentar. Tais posicionamentos doutrinários serão abordados no tópico seguinte.

Esse é o dispositivo utilizado como fundamento para alguns doutrinadores afirmarem a conformidade dos decretos autônomos com o ordenamento constitucional brasileiro.

De todo modo, não restam dúvidas de que o inciso prevê a utilização de decreto para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, desde que não importe aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos, bem como possibilita a extinção de cargos e funções, quando vagos, por decreto do chefe do Poder Executivo Federal.

Por fim, cabe pontuar que a Constituição autorizou o presidente da República a delegar as atribuições do inciso VI aos ministros de Estado, ao procurador-geral da República ou ao advogado da União, conforme o parágrafo único do art. 84.

3.3 Decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro – posicionamentos doutrinários

3.3.1 Considerações iniciais

Há divergência doutrinária sobre a possibilidade de os decretos autônomos serem ou não amparados pelo sistema constitucional brasileiro, à luz, especialmente, do art. 84, VI, *a* e *b*, da Lei Maior, destacando-se quanto ao ponto a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001 (EC n. 32/2001).

3.3.2 Posicionamentos contrários à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil

O posicionamento dominante é no sentido de que o sistema constitucional brasileiro não comporta os decretos do tipo autônomo, devendo o ato próprio do poder regulamentar se restringir aos limites da lei.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 311) é bastante direto ao se posicionar sobre o assunto, segundo ele:

[...] os dispositivos constitucionais caracterizadores do *princípio da legalidade no Brasil* impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato *estritamente subordinado*, isso é, meramente subalterno e, ademais, *dependente de lei*. Logo, entre nós, só pode existir regulamentos conhecidos do Direito alienígena como “regulamentos executivos”. Daí que, em nosso sistema, *de direito*, a função do regulamento é muito modesta.

Com esse primeiro posicionamento, percebe-se um dos argumentos daqueles que entendem que o ordenamento pátrio não admite os decretos autônomos, qual seja, o princípio da legalidade.

A Constituição da República prevê no art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) ressalta que o preceptivo se refere à “lei”, e não a decreto ou a outra forma de regulamentação, com o que o dispositivo em tela refere-se à lei em sentido estrito.

Assim, o primeiro argumento diz respeito ao princípio da legalidade, tendo em consideração que os decretos são atos subordinados e sempre dependendo de lei, de modo a, segundo a primeira corrente, não se aplicarem ao ordenamento pátrio figuras típicas do Direito alienígena.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 60) também possuiu o pensamento de que a Carta vigente só admitiu os regulamentos de execução. Sobre o assunto, o doutrinador argumenta:

Aliás, a questão dos decretos e regulamentos autônomos deve ser colocada em termos mais precisos. *Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir primariamente direitos e obrigações*, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas. Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, *seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF)*. Aqui sim, o poder legiferante é direto e primário, mas os atos são efetivamente legislativos, e não regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante indireto e simulado, e este não encontra suporte na Constituição.

Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, *são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros*, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originária. [g.n.]

Apesar de extensa, a transcrição se mostra relevante por trazer, além do princípio da legalidade, os outros dois argumentos para defender a não possibilidade dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se passa a expor.

O primeiro refere-se à necessidade de que a Constituição previsse expressamente tal possibilidade, uma vez que a expedição de decretos autônomos pelo Executivo levaria a uma atuação legi-

ferante indireta por parte desse poder, a quem, ordinariamente, competem atos de administração.

Faz-se aqui destaque à previsão feita pela Constituição no caso das medidas provisórias, nessa ocasião, quando de fato quis possibilitar a atuação legiferante direta do presidente da República, a Carta Magna o fez de forma expressa, estabelecendo, inclusive, os casos em que pode ser editada, bem como os assuntos que não poderiam ser tratados por esse tipo de norma, bem como o procedimento e prazo de conversão em lei, entre outros aspectos relevantes relacionados ao tema.

Assim, o fato de a Constituição não prever expressamente a possibilidade de um decreto criar ou extinguir direitos e obrigações seria um silêncio eloquente, ou seja, a Lei Maior não previu de forma direta a possibilidade da edição desse tipo de decreto como forma de estabelecer a impossibilidade de tal conduta por parte do Poder Executivo.

O segundo argumento diz respeito ao disposto no art. 84, VI, *a* e *b*, da Constituição Federal. Aqueles que defendem a possibilidade de edição de decretos autônomos o fazem tendo por base tais dispositivos, conforme adiante será comentado.

Ocorre que os atos cuja regulamentação por decreto é ali possibilitada não criam nem extinguem direitos e obrigações diretamente, apenas de forma reflexa atingem a esfera jurídica de terceiros.

Explica-se: o disposto na alínea *a* possibilita que o presidente da República disponha, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

A organização e o funcionamento da administração refletem atos ordinatórios que se preordenam basicamente no setor interno da administração, além de que isso poderá ser feito mediante

decreto apenas se não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Quanto à alínea *b* do inciso em comento, esta permite ao presidente da República dispor mediante decreto sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Ocorre que, quando vagos, não há que se falar na criação de direitos ou deveres por parte de seu ocupante, de modo que apenas de forma reflexa o disposto mediante decreto afetará a esfera jurídica de terceiro.

Dessa maneira, no entendimento da corrente doutrinária ora analisada, nenhuma das duas alíneas faz referência a criação ou extinção de direitos ou obrigações mediante decretos, o que representa o terceiro argumento daqueles que se posicionam pela não possibilidade de edição de decretos autônomos em conformidade com o ordenamento constitucional pátrio.

3.3.3 Posicionamentos favoráveis à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil

Por outro lado, há publicistas que entendem pela possibilidade de decretos autônomos no sistema jurídico brasileiro, em especial com a Emenda Constitucional n. 32/2001, que alterou a redação do art. 84, VI, da Lei Fundamental, dispositivo reservado a atribuir competência do presidente da República para dispor mediante decreto sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e sobre a extinção de funções ou cargos, quando vagos (DI PIETRO, 2004, p. 79).

A redação original do dispositivo previa a regulamentação desses assuntos “na forma da lei”, ao passo que, com a mencionada emenda, a redação passou a prever que o presidente da República pode dispor mediante decreto sobre as matérias relacionadas no art. 84, VI, *a* e *b*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 336) afirmam que:

[...] a partir da EC n. 32/2001, passaram a existir em nosso ordenamento decretos autônomos, ou seja, decretos que retiram seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, que não são editados em função de qualquer lei, mas sim da Constituição.

Esse é o mesmo raciocínio de Maria Sylvania Zanella di Pietro (2004), para quem ora o ordenamento jurídico permite a edição de tais decretos, ora não, sendo que, no seu entender, atualmente, com a EC n. 32/2001, é permitida ao chefe do Executivo a edição de decretos autônomos.

Cabe fazer referência ao pensamento de Hely Lopes Meirelles (1999), que entendia possível a edição de decreto autônomo mesmo antes da EC n. 32/2001. Segundo o mencionado doutrinador:

A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as *reservas da lei*, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas.

Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto.

Esse entendimento é bastante peculiar, pois, segundo Hely Lopes Meirelles (1999), desde que não ocorra invasão de reserva legal, seria possível a edição de decretos autônomos, mesmo antes da EC n. 32/2001. Além disso, nessa mesma toada, seriam aceitos tais provimentos *praeter legem*, no caso de omissão, de lacuna, sendo que, a partir do momento em que uma lei dispusesse sobre o assunto tratado pelo decreto, este estaria superado.

De todo modo, conforme se observa dos posicionamentos doutrinários expostos, mesmo aqueles que defendem a possibili-

dade dos decretos autônomos, o fazem com ressalvas e de forma específica às alíneas *a* e *b* do inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

Dessa forma, não são albergados pela Carta Magna decretos que invadam as reservas da lei, ou seja, as matérias que só por lei podem ser reguladas, pois tal fato iria de encontro ao princípio da legalidade e à Constituição Federal, conforme se passa a analisar no próximo tópico.

4 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos

4.1 Controle de legalidade dos decretos regulamentares

Quando se observam impropriedades em decretos, eles devem, em regra, ser confrontados com a lei, pois, em conformidade com a hierarquia das normas, a Constituição é a norma maior, abaixo dela estão as leis e, mais abaixo, outros atos normativos como os decretos e as resoluções.

Assim, mencionada impropriedade seria uma questão de ilegalidade a ser levada ao controle de legalidade das normas, o qual pode ser realizado por instrumentos de controle difuso no caso concreto.

Por consequência, não seria adequado tratar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade desta norma infralegal, o que impossibilitaria o controle por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Essa é a regra na análise dos decretos regulamentares ou de mera execução, pois, nesse caso, não haveria uma ofensa direta à Constituição, mas sim indireta, por passar anteriormente por uma norma infraconstitucional, no caso a lei regulamentada, afrontando-a primeiro.

Isso ocorre porque os decretos regulamentares (ou de mera execução) são atos normativos derivados, não inovam na ordem jurídica, não criam ou extinguem direitos, apenas regulamentam uma norma infraconstitucional na qual encontram seu fundamento de validade.

Nesse sentido é o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

Direito Constitucional e Tributário. ICMS: “Guerra fiscal”. Ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos do regulamento do ICMS (Decreto n. 2.736, de 5.12.1996) do Estado do Paraná. Alegação de que tais normas violam o disposto no § 6º do art. 150 e no art. 155, § 2º, inciso XII, letra g, da Constituição Federal, bem como os arts. 1º e 2º da Lei Complementar n. 24/75. Questão preliminar, suscitada pelo governador, sobre o descabimento da ação direta de inconstitucionalidade, porque o decreto impugnado é mero regulamento da Lei n. 11.580, de 14.11.1996, que disciplina o ICMS naquela unidade da federação, esta última não acoimada de inconstitucional. Medida cautelar. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que *esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade*. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade [...]². [g.n.]

O Supremo Tribunal Federal firmou seu posicionamento no sentido de não conhecer ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto regulamentar, justificando tal inteligência na impossibilidade jurídica da ação, pois entende que a ação direta de

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2155-PR*. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerido: Governador do Estado do Paraná. Relator: Sydney Sanches. Brasília-DF, 1º jun. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

inconstitucionalidade está relacionada aos atos normativos primários. É o que se percebe com o seguinte julgado:

Direito Constitucional e Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade: ato normativo. Decreto federal n. 1990, de 29.8.1996: ato administrativo. *Impossibilidade jurídica da ação*. 1. A Lei n. 8.031, de 12.4.1990, criou o Programa Nacional de Desestatização e deu outras providências. 2. E o Decreto n. 1.990, de 29.8.1996, baixado pela Presidência da República, “no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição e tendo em vista o disposto” naquela Lei, visou a executá-la. 3. Trata-se, pois, de ato administrativo de mera execução da Lei. Não propriamente normativo. Insuscetível, assim, de controle concentrado de constitucionalidade, *in abstracto*, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, pois esta só é admitida pela CF, quando impugna “ato normativo” (art. 102, I, a). 4. *Se o Decreto, eventualmente, tiver excedido os limites da Lei n. 8.031, de 12.4.1990, ou mesmo do Decreto n. 1.204, de 29.7.1994, que a regulamentou, conforme se alegou na inicial, então poderá ser acoimado de ilegal*, nas instâncias próprias, que realizam o controle difuso, *in concreto*, de legalidade dos atos administrativos. 5. Aliás, o próprio controle jurisdicional de constitucionalidade de ato meramente administrativo, de execução de lei, pode, igualmente, ser feito nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Não, assim, diretamente perante esta Corte. 6. Tudo conforme precedentes referidos nas informações. 7. *A.D.I. não conhecida*, prejudicado o requerimento de medida cautelar.

Além disso, cabe comentar que o Supremo Tribunal Federal não admite o controle de constitucionalidade dos decretos no caso de inconstitucionalidade indireta, que ocorre quando a lei regulamentada pelo decreto é inconstitucional e este é, reflexamente, ilegal e, de forma indireta, também seria inconstitucional. Marcelo Novelino (apud ANDRADE, 2010) ensina:

Há inconstitucionalidade indireta reflexa quando a lei é constitucional, não obstante, o decreto que regulamenta esta lei é ilegal,

e reflexamente ele é inconstitucional, desobedece ao art. 84, inc. IV, da CF.

Nesse caso, a culpa é do Poder Executivo. Este decreto não se submete ao controle de constitucionalidade, pois viola a CF de forma indireta. Todavia, poderá sofrer controle de legalidade. O decreto é considerado ilegal, reflexamente, e inconstitucional, de forma indireta.

Em síntese, o decreto regulamentar em desconformidade com a lei que regulamenta será *contra legem* e, em consequência, estará eivado de vício de legalidade, não sendo cabível ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, apesar de a regra ser a análise da legalidade do decreto, outra possibilidade surge caso o decreto seja enquadrado como decreto autônomo, conforme se passa a comentar no próximo item.

4.2 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações doutrinárias

Independentemente da discussão sobre a possibilidade ou não de os decretos autônomos terem abrigo no atual sistema constitucional brasileiro, a jurisprudência e a doutrina têm admitido o controle de constitucionalidade desses atos normativos.

Em sede doutrinária, o ponto acerca dos limites da lei toma destaque no estudo da possibilidade de controle de constitucionalidade dos decretos autônomos (ou independentes).

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 142) fazem interessante consideração sobre o assunto, esclarecendo que “a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional”.

Esse limite diz respeito à matéria tratada pela lei, pois aquilo nela disposto será a medida para aferição da ocorrência de inovação ou não da ordem jurídica pelo decreto.

Conforme já comentado no tópico reservado ao estudo dos decretos, caso ocorra essa inovação, estar-se-á diante um decreto autônomo, seu conteúdo não será uma mera regulamentação ou explicitação da lei.

Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 170), ao tratar sobre o assunto ora em comento, esclarece que “o controle concentrado de decretos e atos regulamentares é providência excepcional aceita pela jurisprudência do Pretório Excelso. Para viabilizar-se, é preciso que o decreto ou ato regulamentar seja autônomo”.

A excepcionalidade está exatamente no fato de o controle de legalidade dos decretos ser a regra, e o confronto direto com a Constituição a exceção admitida apenas quando forem autônomos.

Além disso, o princípio da reserva legal é outro item de destaque para se aferir a possibilidade de confronto direto do decreto com a Constituição Federal. O decreto que se enquadra como autônomo, para fins de controle, não está em desconformidade com a lei por dispor de maneira diversa do que ela dispõe, mas, na verdade, está em desconformidade com a Constituição por dispor sobre assunto não disposto por nenhuma lei e com previsão constitucional da chamada “reserva legal”.

Nesse ponto, é relevante observar o que vem a ser reserva legal. Reserva de lei, ou reserva legal, é a previsão constitucional de que a regulamentação de determinados temas será de competência de lei em sentido formal.

Relembra-se aqui o já comentado posicionamento de Hely Lopes Meirelles sobre a possibilidade de edição de decretos autônomos em conformidade com o ordenamento constitucional bra-

sileiro. Mesmo para esse doutrinador, essa possibilidade encontra limite na reserva legal.

Nessa linha de raciocínio, João Paulo Castiglioni Helal (2006, p. 220-221) expõe:

Excepcionalmente, tem-se admitido a ação direta de inconstitucionalidade em face de decreto antinômico à Constituição, quando este, desviando-se de seu escopo de assegurar a fiel execução da lei, não a regulamentada de guisa total ou parcial, caracterizando-se como decreto autônomo.

[...]

O decreto que não visa a regulamentar lei ou que não se espeda nela é um ato normativo autônomo, ferindo o princípio constitucional da reserva legal, sendo, por isso, passível de controle da constitucionalidade. Nas demais hipóteses, a questão situa-se no âmbito legal, não dando azo ao conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto o decreto.

Dessa forma, em que pese o fato de os decretos serem, em regra, confrontados com a lei e, assim, se enquadrarem como legais ou ilegais, a doutrina admite a possibilidade de confrontar-se um decreto diretamente à Constituição, no caso dos decretos autônomos.

Para finalizar a exposição de ensinamentos sobre o tema, este é o pensamento de Alexandre de Moraes (2003, p. 614):

Em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis, entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados *decretos autônomos*, afirmando que “não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige.

Nos demais casos, a questão situa-se no âmbito legal, não possibilitando o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade”.

É a não adequação à reserva de lei que viabiliza o confronto do dispositivo diretamente à Constituição. Nessa situação, ao invadir uma matéria cuja disciplina a Constituição reservou à lei, com exclusão de qualquer outra fonte infralegal, o Poder Executivo incorre em vício de competência. Nesse sentido é o ensinamento de José Afonso da Silva (2005, p. 422), que, ao tratar do princípio da reserva de lei, diz que este “envolve questão de *competência*”.

Dessa maneira, percebe-se ser a reserva de lei o principal argumento para sustentar a defesa da possibilidade do controle de constitucionalidade do decreto autônomo, cabendo refletir quanto ao ponto que, uma vez infringindo essa diretriz, seu conteúdo será indevidamente de lei.

4.3 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações jurisprudenciais

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se firmou no sentido de aceitar a possibilidade do controle de constitucionalidade de decretos, quando estes forem autônomos. É o que se pode perceber dos julgados que se passa a analisar.

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Decreto n. 409, de 30.12.91.

Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal³. [g.n.]

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 708-DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República.

Observa-se aqui, assim como já mencionado quanto às considerações doutrinárias, que a medida é excepcional, pois os decretos autônomos representam uma exceção dentro dos decretos no que diz respeito à possibilidade de controle de constitucionalidade.

Além disso, merece destaque que o decreto não precisa conter dispositivos além da lei em todo o seu texto, o controle é admitido também se apenas em parte ele não regulamentar lei, pois tal situação já será suficiente para caracterizá-lo como autônomo. Ocorre que, nesse caso, o objeto de controle será essa parte que faz com que o decreto se apresente como autônomo.

Outro ponto a considerar é o fato de que o controle será possível no que diz respeito ao princípio da reserva legal. Dessa forma, é possível pensar que se trata de inconstitucionalidade formal, apesar de que, para caracterizá-la, será necessário analisar o conteúdo do decreto.

Explica-se melhor. O conteúdo do decreto faz com que ele seja autônomo, e essa situação afronta a reserva legal porque formalmente a regulamentação da matéria deveria ser realizada por lei formal.

Nesse ponto, destaca-se uma vez mais o princípio da reserva de lei. É a afronta a esse princípio que possibilita confrontar um decreto diretamente em face da Constituição e isso ocorre pelo fato de os decretos, no sistema jurídico brasileiro, segundo doutrina majoritária, terem por finalidade a regulamentação das leis, de modo a possibilitar sua fiel execução.

É o que se argumenta com base no art. 84, IV, da Carta Política. No momento em que um decreto ultrapassa essa função e inova originariamente, tratando de assunto não disposto em lei, ele

Relator: Moreira Alves. Brasília-DF, 7 ago. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

se enquadra no conceito de decreto autônomo, fere a reserva de lei e, a partir de então, sua constitucionalidade é questionável.

Outro argumento para sustentar a possibilidade de controle de constitucionalidade de decretos autônomos é o fato de que, invadindo a reserva de lei, ocorre transgressão do princípio constitucional e cláusula pétrea da separação de poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF), pois o Poder Executivo estaria invadindo a função típica do Poder Legislativo. É o que se pode ver no seguinte excerto jurisprudencial:

Ação direta de inconstitucionalidade. Remuneração, subsídios, pensões e proventos dos servidores públicos, ativos e inativos, do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de teto remuneratório mediante ato do Poder Executivo local (Decreto Estadual n. 25.168/1999). Inadmissibilidade. Postulado constitucional da reserva de lei em sentido formal. Estipulação de teto remuneratório que também importou em decesso pecuniário. Ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade do estipêndio funcional (CF, art. 37, XV). Medida cautelar deferida. Remuneração dos agentes públicos e postulado da reserva legal.

O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral.

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo,

pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente *transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes*⁴. [g.n.]

Ainda sobre a reserva de lei, ela é objeto de análise para o conhecimento da demanda que envolve o controle de constitucionalidade de decretos (autônomos), tanto que o Supremo Tribunal Federal tem o cuidado de afirmar expressamente a possibilidade jurídica do pedido, como, por exemplo, o faz no julgado citado adiante.

Interessante também consignar que nem mesmo por meio de uma lei formal o Poder Legislativo poderá delegar ao Poder Executivo a regulamentação de matéria com reserva de lei.

As determinações constitucionalmente impostas são superiores, de modo que não podem ser afastadas por disposições infraconstitucionais. Trata-se de corolário da própria supremacia da Constituição que, no dizer de José Afonso da Silva (2005, p. 45),

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2075-RJ*. Requerente: Partido Social Liberal. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Celso de Mello. Brasília-DF, 7 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

“significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

Assim, a delegação feita, ainda que por meio de lei, não pode ser considerada válida, pois o Poder Executivo é legítimo para aquilo que a Lei Maior estabelecer que é e na proporção por ela prevista.

Dessa maneira, no caso de delegação feita pelo Poder Legislativo para o Poder Executivo regulamentar por decreto assunto para o qual a Constituição previu reserva de lei, se o chefe do Executivo dispuser sobre o assunto mediante decreto, tanto a lei quanto o decreto serão passíveis de controle de constitucionalidade, ambos estarão em situação de conflito com a Constituição Federal.

Nesse sentido:

1. Ação direta de inconstitucionalidade. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 5º da Lei n. 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, *a*, e 84, inc. VI, *a*, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante

decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução⁵.

Também cabe considerar outro aspecto sobre o assunto. Apesar da relevância do princípio da reserva legal, é possível que um decreto autônomo vá de encontro a outro princípio ou a um dispositivo constitucional. Essa situação é relevante e também é considerada pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação das ações de inconstitucionalidade.

Nesse sentido está o seguinte julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Loterias e bingos do Estado de Mato Grosso do Sul. Violação do art. 22, XX, da Constituição Federal. Vício de competência. Inconstitucionalidade. Precedentes. São inconstitucionais, por *ofensa à competência da União para legislar sobre sistema de consórcios e sorteios (art. 22, XX, da Constituição Federal)*, os decretos que compõem o sistema normativo regulamentador do serviço de loterias e bingos no Estado de Mato Grosso do Sul. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

No julgado colacionado, referente ao fato de o chefe do Poder Executivo de Mato Grosso ter editado decretos tratando sobre consórcios e sorteios, a questão da competência se mostrou em dois pontos: no caráter autônomo do decreto (competência do Poder Legislativo) e na regulamentação realizada pelo estado membro (competência da União).

Isso posto, é possível arrematar que estão em destaque, no que se refere às considerações jurisprudenciais sobre o controle de constitucionalidade dos decretos autônomos, a reserva de lei, a separação

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.232-TO*. Requerentes: Procurador-Geral da República e Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Requeridos: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Cezar Peluso. Brasília-DF, 14 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

de poderes, a supremacia da Constituição e a análise sobre outros princípios e dispositivos constitucionais possivelmente afrontados pelo decreto autônomo.

Quanto à reserva de lei, esta é a base para verificar a regulamentação realizada pelo decreto, ele não pode dispor sobre matéria que a Constituição Federal determinou ser objeto de lei formal.

Como consequência da violação da reserva de lei, a separação dos poderes apresenta desequilíbrio, uma vez que a função típica de legislar pertence ao Poder Legislativo e na regulamentação feita por decreto o ator a realizar essa tarefa será o Poder Executivo.

Paralelamente, essa função típica de legislar não pode ser delegada por seu titular, o Poder Legislativo, ao Poder Executivo nem mesmo por lei formal, em razão da supremacia da Constituição.

Por fim, a análise jurisprudencial não fecha os olhos a possível infringência pelo decreto objeto de controle de outros princípios constitucionais (diferentes da reserva de lei) ou dispositivos constitucionais.

5 Conclusão

A supremacia da Constituição é princípio basilar para a proteção do conteúdo constitucional, com destaque para a possibilidade de atuação via controle de constitucionalidade. Todas as normas infraconstitucionais devem guardar conformidade com a Lei Maior.

Paralelamente, o ordenamento jurídico brasileiro possui ferramentas de controle das espécies normativas que admite, nesse sentido, tem-se o controle de constitucionalidade para confronto direto com a Carta Magna, e o controle de legalidade para confronto de norma infralegal com uma lei.

Nesse contexto, toma destaque o controle dos decretos editados pelo chefe do Poder Executivo com conteúdo de norma geral e abstrata. A doutrina entende que essas normas podem ser regulamentares (ou de mera execução) ou autônomas (ou independentes).

Em relação aos decretos regulamentares, a doutrina é pacífica quanto a sua possibilidade no Direito pátrio, no que se refere aos decretos autônomos, porém, há grande divergência doutrinária quanto à aceitação destes pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Independentemente de tal discussão, os decretos, seja regulamentares, seja autônomos, são normas secundárias que devem guardar conformidade com a Constituição Federal e o seu controle é objeto de interessantes considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

Quanto aos decretos regulamentares, estes devem guardar conformidade com a lei que regulamentam e na qual possuem seu fundamento de validade, motivo pelo qual o controle a que submetem é o controle de legalidade, dessa maneira, não são confrontados diretamente com a Constituição, mas sim com a lei. Nesse contexto, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não admite a tese da inconstitucionalidade indireta.

Por outro lado, os decretos autônomos possuem uma peculiaridade, não regulamentam uma lei, e dessa maneira não possuem seu fundamento de validade em nenhuma lei. Eles inovam originariamente no ordenamento jurídico tratando de matéria que ainda não foi objeto de nenhuma lei.

Com isso, doutrina e jurisprudência aceitam que o confronto dos decretos autônomos seja realizado diretamente ante a Constituição Federal, de modo que poderão ser declarados inconstitucionais.

Considerando que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro – e aqui se retoma a questão da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade – realiza o controle concentrado por meio da ação direta de constitucionalidade, os fundamentos do controle dos decretos autônomos são eminentemente encontrados na jurisprudência da Corte nessas ações.

Analisando mencionada jurisprudência verifica-se a condição de decreto autônomo um requisito para o conhecimento da ação que tem por objeto verificar a constitucionalidade de um decreto.

Além disso, tanto no que se refere a considerações jurisprudenciais quanto no que diz respeito às análises doutrinárias sobre o assunto, toma destaque o princípio da reserva de lei, pois até mesmo os doutrinadores que admitem os decretos autônomos no Direito pátrio fazem a ressalva de que estes não podem ser utilizados nos casos em que a Constituição reservou a regulamentação de matéria à lei formal.

Essa ressalva possui fundamento, além das disposições constitucionais que expressamente determinam a reserva, na própria separação e independência dos poderes, uma vez que a função legislativa é típica do Poder Legislativo, sendo a atuação do Poder Executivo nessa seara uma função atípica.

Dessa maneira, quando a Lei Maior faz a previsão da reserva de lei, está delegando a função de tratar a matéria ao Poder Legislativo, que o deverá fazer por meio de lei formal. Quando o chefe do Poder Executivo descumprir esse comando, além da reserva de lei, infringe a separação dos poderes, desequilibrando a harmonia entre eles.

Por fim, verificou-se ao longo do estudo proposto que, apesar da relevância dos princípios da reserva lei e da separação dos poderes, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade

de um decreto autônomo, verifica também outras possíveis desconformidades deste com a Constituição Federal.

Por todo o exposto, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, independentemente da discussão sobre a conformidade da edição de decretos autônomos com o Direito pátrio, admitem o controle de constitucionalidade desses decretos, para declará-los constitucionais ou inconstitucionais, com destaque, quanto à matéria, para o princípio da reserva de lei e da separação dos poderes.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ANDRADE, Camila. *O que se entende por inconstitucionalidade indireta reflexa?* 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100212205222901>. Acesso em: 27 fev. 2011.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Edmir Neto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Ações constitucionais*. 4. ed. JusPodvm: Salvador, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.