

O PODER REGULAMENTAR DO PRESIDENTE: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CORRETIVO EXERCITÁVEL PELO PARLAMENTO BRASILEIRO

André RAMOS TAVARES

SUMARIO: I. *Previsão e limites do poder regulamentar no Brasil*. II. *Sentido da dualidade de controle (político e jurídico) de atos normativos secundários*. III. *Formas de controle do poder regulamentar*. IV. *O controle pelo Parlamento e seu reconhecimento pelo Judiciário*. V. *Conclusões*. VI. *Referências bibliográficas*.

I. PREVISÃO E LIMITES DO PODER REGULAMENTAR NO BRASIL

É imperioso distinguir, na atualidade, entre *função de governo* e *função meramente administrativa*. Nesse sentido, consoante a clássica lição de Carré de Malberg, o que caracteriza o ato de governo é a circunstância de que, ao contrário dos atos administrativos, “encontra-se livre da necessidade de habilitações legislativas e se cumpre pela autoridade com um poder de livre iniciativa, em virtude de uma potestade que lhe é própria e decorre de uma origem distinta da lei”.¹ O presidente da República, disse Woodrow Wilson,² tem a confiança da nação na condução do governo.

Essa importante distinção não pode deixar de ser reconhecida no caso brasileiro. Dela poderia derivar a falsa proposição de que a preocupação com o controle do poder envolveria apenas a função de governo, estando a função meramente administrativa já devidamente conformada pelo âmbito do direito. Não é, contudo, assim. No Estado constitucional de direito não se pode conceber função ou “poder” que não encontre balizas mínimas, que esteja imune a qualquer forma de controle ou verificação

¹ *Teoría general del Estado*, p. 483.

² Apud Corwin, Edward S., *Presidential Powers and the Constitution*, p. 40.

de legitimidade. Recolho, aqui, a preciosa lição de Diego Valadés,³ para quem, no sistema constitucional democrático, o poder deve “a) estar distribuído; b) ser regulado; c) estar limitado; d) ser accesible; e) ser predecible; f) ser eficaz, y g) estar controlado”.

A atribuição, concedida ao presidente, de expedir regulamentos para a fiel execução da lei (prevista na Constituição brasileira de 1988 em seu art. 84, IV), o chamado poder regulamentar,⁴ não está entre as prerrogativas inerentes à função de governo. É preciso insistir que não se trata de uma função legislativa, mas antes de uma “verdadeira atividade administrativa de caráter normativo”.

Mesmo assim, é possível classificá-la entre as funções primordiais⁵ do chefe do Poder Executivo, e será objeto deste estudo.

A forte vinculação à lei, deste poder regulamentar, é incontestável. Contudo, é um mecanismo importante para o desenvolvimento das funções propriamente administrativas. E seu uso, embora circunscrito, pode acabar por superar as barreiras da legitimidade.

O poder regulamentar responde pela edição de um ato normativo secundário, por pressupor lei anterior e decorrer da existência dessa lei e da correspondente previsão constitucional. Por ser uma prerrogativa que permite ao Presidente o exercício de uma competência *normativa*, seu exercício é extremamente delicado, porque qualquer intensificação dessa prerrogativa resultará na diminuição ou desconsideração do Parlamento em sua função primária de ditar as leis do país, com significativo impacto na garantia básica do Estado de direito e da legalidade.

Como resposta, poder-se-ia cogitar de a lei impedir sua regulamentação por meio de regulamentos posteriores, resolvendo em parte o problema assinalado acima, de atrito potencial constante entre os “Poderes”. A proposta é inconsistente com a partilha funcional desenhada constitucionalmente. Não se compreende como uma lei possa intitular-se não regulamentável, sob pena de incidir na inconstitucionalidade por violação da cláusula constitucional de “separação de poderes”, a ser controlada, agora sim, pelas vias usuais do controle judicial-jurídico da constitucionalidade. Esta é uma cláusula implícita: quando se define o poder regula-

³ *El control del poder*, p. 9.

⁴ Para um estudo do poder regulamentar em diversos ordenamentos jurídicos, v. a obra coletiva organizada por Paolo de Siervo.

⁵ Como já havia assinalado em: Ramos Tavares, André, *Curso de direito constitucional*, p. 1177. Nesse mesmo sentido: Valadés, Diego, *El control del poder*, p. 398.

mentar como limitado à execução “fiel” da lei, está-se a um só momento criando uma função e limitando-a. Esse poder regulamentar é estabelecido em prol do Presidente, e não está à disposição do Congresso. A este não cabe indicar quando e como o Poder Executivo exercitará esse “poder”. Cabe-lhe, sim, o controle de um exercício regular dessa atribuição.

II. SENTIDO DA DUALIDADE DE CONTROLE (POLÍTICO E JURÍDICO) DE ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS

É amplamente conhecida e referida a distinção entre controle político e controle jurídico *da constitucionalidade* dos atos normativos (leis ordinárias, leis reforçadas, atos normativos secundários, etc.). Contudo, essa já clássica leitura apresenta algumas dificuldades teóricas para se firmar plenamente sem maiores esclarecimentos.

Uma primeira objeção é a de que qualquer órgão da República é político, no sentido de que goza de autonomia em relação aos demais e, outrossim, por exercer alguma das funções consideradas essenciais (teoria da separação orgânica dos poderes) dentro de um Estado, com certo grau de discricionariedade. A partir dessa idéia ter-se-ia que todo o controle da constitucionalidade reverteria em controle político, porque exercido por um órgão politicamente relevante, que maneja, sempre, algum grau de discricionariedade. “Esse reducionismo, contudo, não se presta a qualquer esclarecimento sobre a correta natureza das diversas formas com que os órgãos do poder exercem a verificação da constitucionalidade dos atos e atividades, privados e públicos, incluindo os seus próprios”.⁶

Mas a presente classificação enfrenta outro óbice teórico. É que poderia levar ao entendimento equivocado de que o controle político, assim descrito, significa um controle realizado conforme critérios políticos (conveniência e oportunidade). O que se passa, em realidade, é que o critério classificatório, presente em praticamente todos estudos que se dedicam ao assunto, significa um critério quanto ao tipo de órgão, exclusivamente quanto ao tipo de órgão, e não quanto ao tipo de fundamento utilizado para o controle em si, quando se trata de referência ao controle de constitucionalidade. Em outras palavras, o controle continua sendo técnico, e só por isso pode ser controle de constitucionalidade. O órgão que o realiza, porém, é considerado político. Daí a sua classificação em

⁶ Ramos Tavares, André, *Curso de direito constitucional*, p. 221.

controle político. Assim, se os motivos do controle fossem políticos, ele não poderia ser um controle de constitucionalidade. Este é sempre técnico-jurídico. Daí a idéia de que a revogação de leis seja um ato tipicamente político, ainda que oculte um sentido jurídico (como o de substituir ou mesmo apenas eliminar uma lei considerada inconstitucional).

Um exemplo poderá elucidar melhor essa ressalva: o veto ou poder de bloqueio⁷ do presidente da República aos projetos de lei já aprovados pelo Parlamento, como ocorre no modelo norte-americano e similares, é uma forma de controle do poder. Esse controle, contudo, poderá ter uma matriz jurídica ou não. No primeiro caso (controle de índole jurídica), será um veto por motivos de inconstitucionalidade. No segundo (controle de matriz política), tem-se o veto político, que é a oposição ao projeto de lei por motivos de conveniência e oportunidade assim considerados pelo presidente. O veto jurídico é um veto técnico, apoiado na suposta inconstitucionalidade do projeto de lei. O veto político é um *controle meramente político*, jamais um controle de constitucionalidade. O primeiro é exemplo do que aqui se chama de controle político, porque realizado por órgão político, o chefe do Executivo. O segundo tipo não representa nenhum controle de constitucionalidade (apenas uma forma de controle do poder sem intervenção de aspectos técnicos de inconstitucionalidade).

Em resumo, o veto jurídico do presidente da República ao projeto de lei é um veto baseado na inconstitucionalidade desse projeto. Ou seja, apresenta motivação técnico-jurídica. Mas é, consoante a classificação aqui apresentada, um controle político, porque realizado por órgão de natureza política, e não pelo Judiciário.

Na hipótese que se estudará adiante, os decretos normativos emanados do Presidente serão controlados pelo Parlamento, ambos órgãos tipicamente considerados como políticos. Contudo, o fundamento do controle será apresentado discursivamente como sendo jurídico (elemento formal necessário para a validade do próprio controle assim desenvolvido, como se verificará adiante).

Apesar de calcado em algum “tecnicismo”, o controle assim desenvolvido tem um forte componente político na sua pré-formulação. É que enquanto os órgãos judiciais são obrigados a decidirem sobre a existência de uma inconstitucionalidade, os órgãos políticos, mesmo que estejam convictos da inconstitucionalidade, podem deixar de desenvolvê-la.

⁷ Na terminologia de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Os poderes do presidente da República*, p. 53.

Uma vez que seja decidido usar esse poder, sua legitimidade exige, como se verificará adiante, a fundamentação constitucional. Porém, nem mesmo aqui se pode exigir um grau de fundamentação idêntico àquele próprio dos órgãos judiciais.

III. FORMAS DE CONTROLE DO PODER REGULAMENTAR

Embora seja correto afirmar que a justiça constitucional cumpre uma importante função arbitral entre os “poderes”, defendendo o desenho institucional constitucionalmente previsto, e que há instrumentos judiciais próprios para isso, a Constituição também emprestou ao Parlamento o “poder” de velar pela sua própria competência. Na Constituição brasileira, essa possibilidade vem grafada no art. 49, V: “V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que *exorbitem do poder regulamentar...*”.

É dizer, poderá o próprio Legislativo impor e buscar a preservação de sua competência. Trata-se de controle “político”, incidente sobre ato normativo expedido pelo presidente da República, na sua tarefa constitucional de regulamentar o disposto nas leis.⁸

Mas para o exercício de uma atribuição dessa natureza pelo Parlamento, há dificuldades decorrentes do próprio “jogo político” a que está submetido o Parlamento. Há, como anteriormente afirmado, uma pré-formação política que não pode ser desconsiderada. Embora tecnicamente possa ser verificada o exercício irregular do poder regulamentar, mesmo assim poderá o Parlamento deixar de exercer sua atribuição.

Olvidar-se o Parlamento da tutela de suas próprias prerrogativas é anular-se enquanto “poder”, embora interesses secundários possam suplantá-lo, lamentavelmente, os interesses institucionais.

Na sua eventual “falha” por parte do controle exercitável pelo Parlamento, déficit que pode advir de contingências políticas (a)diversas, apresenta-se a justiça constitucional como órgão de calibração final do uso indevido do “poder”.

No Brasil, os atos normativos são passíveis de controle de constitucionalidade. Essa é a regra geral. E desde 1965, o Brasil adota tanto o modelo de controle judicial difuso-concreto (de forte inspiração norte-ame-

⁸ A esse controle político a doutrina brasileira e estrangeira dedicam uma preocupação muito escassa, talvez pela primazia que o controle jurídico-judicial tem desempenhado nas hipóteses de abuso no exercício do poder regulamentar.

ricana) como o modelo de controle abstrato-concentrado, por meio de ações diretas que podem ser apresentadas originariamente à Corte Suprema do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) que, nesses termos, faz o papel de um Tribunal Constitucional. Trata-se de uma conjugação de modelos históricos externos, que faz coexistir modelos distintos em sua singularidade, ao que chamei de modelo combinado⁹ que, como observa García Belaunde,¹⁰ é um modelo que seria equivocado considerar como um modelo misto. O Brasil adota um modelo dual ou paralelo, para usar a terminologia de García Belaunde, embora nos últimos anos tenhamos assistido a uma intensa troca e contaminação entre esses dois modelos, sem contudo, desnaturar suas matrizes.

Tradicionalmente, o modelo concentrado-abstrato, no Brasil, desenvolve-se por meio da chamada ação direta de inconstitucionalidade. A jurisprudência da Corte Suprema, ao longo das décadas, têm sido restritiva quanto ao cabimento desta ação. Uma das exigências, por exemplo, é que se trate de lei ou ato normativo primário. Nesse sentido, decretos inconstitucionais não puderam ser combatidos por ação direta (restando, contudo, aberta, a ampla via do controle difuso-concreto, pelo interessado, a partir das instâncias judiciais inferiores).

Mas dentro do controle abstrato-concentrado brasileiro foi criado um mecanismo novo, denominado de “argüição de descumprimento de preceito fundamental”. Criado com a Constituição de 1988 (art. 102, atual parágrafo primeiro) só foi disciplinado por lei em 1999 (Lei n. 9882, em vigor). E uma das hipóteses de cabimento desta novel ação é justamente o ato normativo secundário (decretos regulamentares) que sejam considerados violadores da Constituição e de seus limites. É assim que se passou a ter, no Brasil, a justiça constitucional abstrata, como mais uma alternativa para o controle do “poder” regulamentar, o que era, até bem pouco tempo, absolutamente impossível.

IV. O CONTROLE PELO PARLAMENTO E SEU RECONHECIMENTO PELO JUDICIÁRIO

Não deixa de ser curioso que um processo de controle político do “poder” tenha, muitas vezes, recebido reconhecimento expresso por parte da

⁹ Ramos Tavares, André, *Curso de direito constitucional*, p. 226.

¹⁰ *Derecho procesal constitucional*, pp. 132 y 133.

Suprema Corte brasileira, responsável pela função de justiça constitucional definitiva no Brasil. Nesse sentido:

O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar...”. Doutrina. Precedentes (Recurso Extraordinários 318.873-9AgR/SC, Min. rel. Celso de Mello, DJ de 19/12/2002).

Algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade funcional de o Parlamento atuar na suspensão dos decretos inconstitucionais aconteceu por meio por meio de ação direta de inconstitucionalidade —ADIn— em uma época na qual não caberia propor a referida ação em face do decreto presidencial em si, pois, como visto, a jurisprudência da Corte excluía essa possibilidade. Mesmo assim, foi possível ao STF afirmar a competência do Parlamento brasileiro para editar decreto legislativo com essa finalidade funcional.

O decreto legislativo de sustação, neste caso, consiste “na imposição, ao seu destinatário, do dever de não realizar o ato paralisado em sua eficácia jurídico-normativa” (Supremo Tribunal Federal, ADIn-MC n. 748-3/RS, Min. rel. Celso de Mello, DJ de 06/11/1992). Ou seja, o Parlamento, na visão da Corte, ao editar um ato que visa a atacar o decreto presidencial, deve mirar os destinatários daquele decreto, determinando que este não seja cumprido. O Ministro Celso de Mello, na ADIn-MC n. 748-3/RS, em voto monográfico, bem apresentou o delicado mecanismo que, assim compreendido, o art. 49, V, da Constituição do Brasil introduziu:

“A análise do preceito inscrito no art. 49, V, da Carta Federal, permite que nele se vislumbre – a partir da excepcionalidade de que se reveste a sua aplicação – nítida cláusula derogatória do princípio da divisão funcional do poder. Na realidade, a própria teleologia da norma em questão objetiva, em última análise, viabilizar a possibilidade jurídico-constitucional de ingerência de um Poder (o Legislativo, no caso) na ambiência e no espaço de atuação institucional de outro (o Executivo)” (ADIn-MC n. 748-3/RS, Min. rel. Celso de Mello, DJ de 06/11/1992).

Não é só. O decreto legislativo, nestes casos, afigurar-se-ia como instrumento profícuo para *manter* a higidez do modelo de “separação de poderes” assegurado na Constituição. Portanto, o art. 49, V, e seu respectivo instrumento paralisador, servem para suspender aqueles atos que estão fora dos limites do desenho constitucional de competências, mantendo, assim, o modelo democrático acolhido pela Constituição, e que impõe a subordinação do Chefe do Executivo às leis em vigor e à Constituição.

Frise-se que este, o decreto legislativo, é o único instrumento idôneo, por parte do Legislativo brasileiro, para controlar os excessos do presidente da República, em seu poder regulamentar (cf. ADIn-MC n. 748-3/RS, Min. rel. Celso de Mello, DJ de 06/11/1992). Eventual revogação da lei (que teria dado suporte ao decreto) por lei posterior acaba, como observado anteriormente, não sendo considerada como uma hipótese de controle político-jurídico, nos termos aqui alinhavados, embora possa ser considerada uma forma mais ampla de controle.

V. CONCLUSÕES

O modelo de controle do “poder” regulamentar próprio do chefe do Executivo, por meio de ato posterior do Parlamento, apesar de seu fundo técnico-constitucional, não deixa de apresentar algumas daquelas “facilitações” formais às quais se refere Diego Valadés em seu monumental trabalho acerca do controle do poder. Na realidade, há sempre algum hibridismo ou inter-penetração, porque a Justiça Constitucional pode estar sempre intercedendo seja para assegurar que os controles externos do poder tenham condições de prosperar autonomamente (em parte, coincide com o papel minimalista da justiça constitucional, assinalado por Habermas e Ely, e pelos defensores da democracia deliberativa, como Amy Gutmann, dentre outros), seja para verificar sua extrapolação ou até mesmo, como no caso, para confirmar sua existência. Em muitas hipóteses, a justiça constitucional pode ser chamada para discutir, em última instância, sobre um atrito decorrente do uso de um controle não-jurídico do poder. Isso não retira, por óbvio, a grande importância, assinalada por Valadés, aos controles políticos, por serem menos formais e muito mais dinâmicos. Mas também estes podem acabar sendo abraçados pela formalização, se e quando levados à discussão perante a justiça constitucio-

nal. Mas isto não é nem uma regra nem uma ocorrência prática freqüente. Daí a especial atenção que se deve oferecer ao controle político do poder, como alternativas especiais de limitação e, em muitos casos, participação no “poder”.

No caso estudado neste breve ensaio, a realidade distanciou-se do modelo desejável. O sistema menos formal (ainda que amarrado na base pela idéia jurídica da inconstitucionalidade) tem se mostrado ineficiente. A razão está nas dificuldades políticas e na indiferença do Parlamento brasileiro para com os decretos do presidente que extrapolam de sua função de mero “executor”.¹¹ A justiça constitucional é que tem desempenhado, aqui, o papel preponderante e decisivo, no clássico modelo de controle jurídico, formal e muitas vezes custoso e demorado.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2a. ed., São Paulo, RT, 2000.
- CORWIN, Edward S., *Presidential Power and the Constitution: essays*, London, Cornell University, 1976.
- GOMES CANOTILHO, J. J. MOREIRA, Vital, *Os poderes do presidente da República*, Coimbra, Coimbra ed., 1991.
- ELY, J. Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- GUTMANN, Amy and THOMPSON, Dennis, *Democracy and Disagreement: why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*. Cambridge/London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- , *Why Deliberative Democracy?* Princeton, Princeton University Press, 2004.

¹¹ O mesmo não pode ser dito quanto às medidas provisórias editadas pelo Presidente (capacidade normativa primária e extraordinária), que sofrem severas críticas do Parlamento devido ao abuso. O Parlamento tem procurado melhorar o modelo, seja por meio de emenda constitucional (como a EC 32) seja por meio de novas propostas, formação de comissões de estudos e até procedimentos não previstos pelo Direito Constitucional, como a recente suspensão de votação das medidas provisórias.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

MALBERG, R. Carré de, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

RAMOS TAVARES, André, *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

SIERVO, Paolo Caretti e Ugo, *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bolonha, Il Mulino, 1991.

VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.