

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LEONARDO PASCOAL**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE DECRETO AUTÔNOMO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**FLORIANÓPOLIS**

**2016**

**LEONARDO PASCOAL**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE DECRETO AUTÔNOMO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Dr. Reinaldo Pereira e Silva

**FLORIANÓPOLIS**

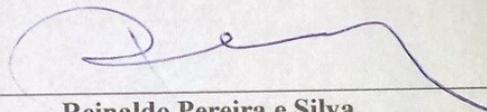
**2016**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A (in)admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face de decreto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro**”, elaborado pelo acadêmico **Leonardo Pascoal**, defendido em **22/07/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 22 de julho de 2016.



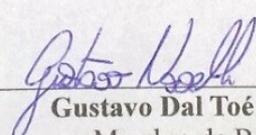
---

**Reinaldo Pereira e Silva**  
Professor Orientador



---

**Paulo Roney Avila Fagúndez**  
Membro de Banca



---

**Gustavo Dal Toé Novelli**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Leonardo Pascoal**

RG: **4441204**

CPF: **00830655980**

Matrícula: **12203447**

Título do TCC: **A (in)admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face de decreto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro**

Orientador(a): **Reinaldo Pereira e Silva**

Eu, **Leonardo Pascoal**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 22 de julho de 2016.

---

**LEONARDO PASCOAL**

Dedico esse trabalho aos meus pais e irmãs,  
pelo exemplo de perseverança e incentivo.

À minha noiva, pela convivência, apoio e  
atenção nos momentos alegres e tristes.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço às pessoas que foram fundamentais para a realização deste trabalho e também às que, de modo ou outro, contribuíram para que as minhas conquistas fossem possíveis.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Norberto Pascoal e Terezinha da Graça Bem Pascoal, e as minhas irmãs, Fabiana, Simone e Kelly por serem as grandes inspirações para minha vida. Por terem me ajudado nos meus primeiros passos e me ensinado a traçar meus próprios caminhos. Obrigado por todo o empenho que vocês tiveram para me proporcionar oportunidades que foram ímpares em me tornar a pessoa que hoje sou. A vocês, todo o meu amor.

À minha noiva, companheira de todas as horas e melhor amiga, Schirlei Maria Nascimento, por ser o meu apoio constante, a pessoa que me revigora todos os dias. Sou muito feliz e grato à vida por ter cruzado os nossos caminhos e ter te colocado ao meu lado.

A meu orientador, Reinaldo Pereira e Silva, que sempre me ajudou com muita cordialidade e presteza. Obrigado pelo suporte intelectual, emocional e por toda a dedicação e assistência prestados.

Aos meus amigos Carlos Cunha, Eduardo Torres Martins, Leonardo Durand e Rodrigo Pacheco, por todo apoio, pelas conversas, companheirismo, alegrias...

Aos meus colegas do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade Aryane, Elise, Gustavo, Pedro Nora, Pedro Faria, Tamy, Tatiana e Vanessa, que me ajudaram muito nessa jornada da graduação.

Aos meus colegas de turma do curso de Direito da UFSC, que me acompanharam durante a graduação Bianca, Fábio, Fernando, Gabriela, Irma, Jaqueline Brasiliense, José Maria, Rafael por todo apoio e companheirismo.

Por fim, agradeço a todos os mestres e colegas que enriqueceram o meu aprendizado e contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal durante a graduação e, também, aos membros do Ministério Público de Santa Catarina com os quais tive a oportunidade de trabalhar Dr. Basílio Elias De Caro e Dr. Maury Roberto Viviani.

Ao poder, a primeira coisa que se diz é não.  
Não por ser um não, mas porque o  
poder tem de ser permanentemente vigiado.  
O poder tem sempre tendência para abusar,  
para exorbitar.  
José Saramago

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a (in)admissibilidade dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a verificar a (in)admissibilidade da submissão do decreto autônomo ao controle concentrado de constitucionalidade. Para tanto, o método empregado é o dedutivo e o procedimento é o monográfico. A técnica de pesquisa será a revisão bibliográfica, bem como a coleta de julgados precedentes acerca do tema, tendo como objetivo o delinear os contornos da amplitude dos possíveis entendimentos acerca das matérias a serem tratadas neste trabalho, para então proceder a elaboração de raciocínio lógico em torno da hipótese firmada. Inicia-se com o controle de constitucionalidade, trazendo-se os seus fundamentos e sua natureza jurídica. Apresentam-se os sistemas de controle que formaram as matrizes dos sistemas de controle de constitucionalidade atuais. Abordam-se as modalidades de inconstitucionalidade, bem como as modalidades do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, dividindo-se por tipo de fiscalização: abstrato e concreto; posição na sequência processual: via incidental e via principal; e por número de fiscais da constitucionalidade: difuso e concentrado. O segundo capítulo traz o poder regulamentar no ordenamento jurídico brasileiro, apresentam-se, também, as diferenças entre lei e regulamento, os tipos de decreto, destacando-se os decretos regulamentares e os decretos autônomos. Examina-se, ainda, o controle de legalidade dos decretos regulamentares. O terceiro capítulo versa acerca das considerações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao controle de constitucionalidade dos decretos autônomos. Apresentam-se os posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à admissibilidade dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se, também, a (in)admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face de decreto autônomo. Por fim, analisam-se as considerações jurisprudenciais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acerca da admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face dos decretos autônomos. Conclui-se que os decretos são admissíveis do ordenamento jurídico pátrio, bem como no controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras chave: Direito constitucional, direito administrativo, controle de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, poder regulamentar, decretos executivos, decretos autônomos.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	13
1.1 FUNDAMENTOS.....	13
1.1.1 A natureza jurídica do controle de constitucionalidade .....	13
1.1.2 Sistemas de controle de constitucionalidade.....	16
1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL .....	19
1.2.1 Modalidades de inconstitucionalidade .....	19
1.2.2 Modalidades de controle de constitucionalidade .....	23
1.2.2.1 Número de fiscais da constitucionalidade: controle difuso e concentrado.....	23
1.2.2.2 Tipo de fiscalização: abstrato e concreto .....	33
1.2.2.3 Posição na sequência processual: via incidental e via principal.....	35
2 O PODER REGULAMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	37
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	37
2.2 PODER REGULAMENTAR .....	37
2.3 DIFERENÇAS ENTRE LEI E REGULAMENTO .....	41
2.4 TIPOS DE REGULAMENTO .....	43
2.4.1 Decreto regulamentar (regulamento de execução).....	43
2.4.2 Decreto autônomo .....	45
2.5 CONTROLE DE LEGALIDADE DOS DECRETOS REGULAMENTARES.....	49
3 CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS QUANTO À (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE DECRETO AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	54
3.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À ADMISSIBILIDADE DOS DECRETOS AUTÔNOMOS NO BRASIL.....	54
3.2 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À ADMISSIBILIDADE AOS DECRETOS AUTÔNOMOS NO BRASIL.....	57
3.3 A (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS AUTÔNOMOS .....	61
3.4 CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS.....	66
3.4.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....	67

CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	76

## INTRODUÇÃO

O tema do trabalho está no âmbito do direito constitucional e do direito administrativo.

No que tange ao problema do trabalho, verifica-se se “é possível admitir decreto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro bem como o controle concentrado de constitucionalidade desse ato normativo?”.

A hipótese básica é que sim, embora não haja consenso doutrinário quanto à admissibilidade do decreto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, após a Emenda Constitucional n. 32 e, também, conforme decisão na ADI n.1435-8/DF, medida liminar, Tribunal Pleno, relator Ministro Francisco Rezek, em julgada em 27/11/1999, o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade em face de decretos autônomos, isto é, nas situações em que o decreto não regulamenta lei, confrontando-se diretamente com a Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal.

Como hipóteses secundárias, parte-se do princípio de que o controle de constitucionalidade somente se aplica a leis e atos normativos, que os decretos autônomos são admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, que os regulamentos não admitem controle de constitucionalidade e que o Supremo Tribunal Federal admite controle de constitucionalidade em face de decretos autônomos.

O objetivo geral do trabalho é verificar, a partir da análise bibliográfica e jurisprudencial, a (in)admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face de decreto autônomo, bem como a (in)admissibilidade do decreto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro.

Os objetivos específicos do trabalho são examinar o histórico, evolução e aplicação do controle de constitucionalidade, a fim de estabelecer relacionamento com sua aplicação aos decretos; examinar o histórico, evolução e definição dos decretos, bem como a (in)admissibilidade dos decretos autônomos no sistema jurídico nacional, a fim de se verificar sua submissão ao controle concentrado de constitucionalidade; verificar, no que concerne à doutrina, a admissibilidade controle de constitucionalidade em razão de decretos; examinar a admissibilidade do controle de constitucionalidade em face de decretos autônomos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No tocante à metodologia, como forma de abordagem do estudo, utilizar-se-á o método dedutivo. A técnica de pesquisa será a revisão bibliográfica, bem como a coleta de julgados precedentes acerca do tema, tendo como objetivo o delinear os contornos da amplitude dos possíveis entendimentos acerca das matérias a serem tratadas neste trabalho, para então proceder a elaboração de raciocínio lógico em torno da hipótese firmada.

O primeiro capítulo tratará do controle de constitucionalidade, trazendo-se os seus fundamentos e sua natureza jurídica. Serão apresentados os sistemas de controle que formaram as matrizes dos sistemas de controle de constitucionalidade atuais. Ainda, no âmbito nacional, o controle de constitucionalidade será abordado apresentando-se as modalidades de inconstitucionalidade, bem como as modalidades do controle de constitucionalidade, dividindo-se por tipo de fiscalização: abstrato e concreto; posição na sequência processual: via incidental e via principal; e por número de fiscais da constitucionalidade: difuso e concentrado.

O segundo capítulo abordará o poder regulamentar no ordenamento jurídico brasileiro, apresentar-se-ão, também, as diferenças entre lei e regulamento, os tipos de decreto, destacando-se os decretos regulamentares e os decretos autônomos. Examinar-se-á, ainda, o controle de legalidade dos decretos regulamentares.

O terceiro capítulo versará acerca das considerações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao controle de constitucionalidade dos decretos autônomos. Serão apresentados os posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à admissibilidade dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro. Tratar-se-á, também, da (in)admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face de decreto autônomo. Por fim, analisar-se-ão as considerações jurisprudenciais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acerca da admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face dos decretos autônomos.

## **1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **1.1 FUNDAMENTOS**

Antes de analisar a questão específica do controle de constitucionalidade na legislação brasileira, é necessária a compreensão dos pressupostos, do conceito do que vem a ser controle de constitucionalidade, bem como de suas origens para os modelos hodiernos, a fim de que se possa apresentar a sua finalidade em termos gerais, bem como estudar as particularidades no modelo adotado no Brasil.

#### **1.1.1 A natureza jurídica do controle de constitucionalidade**

Kelsen esclarece que o ordenamento jurídico é um sistema de normas gerais e individuais que se conectam entre si por meio de um escalonamento hierárquico no qual, em última instância, encontra-se a norma fundamental. Para que uma norma possa integrar o ordenamento jurídico, ela deve ser produzida em conformidade com outra norma hierarquicamente superior desse mesmo ordenamento: “A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.” Acrescenta o autor, ainda, que a norma fundamental não é uma norma posta, mas pressuposta, hipotética, e é o fundamento de validade último que forma a unidade do ordenamento jurídico. (KELSEN, 1999, p. 155-157).

Indo ao encontro do que fundamenta Kelsen e, a fim de se assimilar o controle de constitucionalidade, deve-se ter em mente algumas premissas como a supremacia hierárquica da Constituição sobre o ordenamento jurídico e, além disso, a rigidez constitucional.

Conforme Sarlet, a supremacia constitucional é visualizada diante das normas constitucionais, que, por sua origem no poder constituinte, preenchem localização hierárquica superior, sendo imperativas em relação às normas ou atos provindos dos denominados poderes constituídos, ou seja, as normas da Constituição prevalecem sobre todas as outras normas do ordenamento jurídico. (SARLET, 2015, p. 218-219)

Mendes partilha desse mesmo entendimento, em que o Texto Constitucional prevalece às leis que o contrariem, uma vez que a Constituição advém do poder constituinte originário, sendo, portanto, uma norma suprema que dá início ao ordenamento jurídico e, assim, impõe-se às normas inferiores. O autor acrescenta que, conforme a doutrina clássica, o

ato em contrariedade à Carta Magna tem como consequência nulidade absoluta. (MENDES, 2015, p. 108).

No que reserva à rigidez constitucional, cabe ressaltar que as Constituições rígidas somente podem ser mudadas por meio de um processo complexo e solene. Na seara jurídico-formal, é facilmente constatada como vantagem, a estabilidade da Lei Suprema, uma vez que há, além da proibição de reformas constitucionais inconvenientes, a defesa dos direitos e garantias fundamentais, a manutenção de competências e estruturas, tudo isso visando à proteção da ordem jurídica. Desse modo, a rigidez constitucional serve como métrica para o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, porque veda desobediência à supremacia das disposições constitucionais. (BULOS, 2014, p. 126-131).

Nesse sentido, faz-se necessário mencionar o entendimento de Bonavides (2010, p.296), que preconiza, *in verbis*:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma. As constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual hierarquia de órgãos. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

Bobbio leciona que há uma unidade do ordenamento jurídico na qual se pressupõe uma norma fundamental como base deste ordenamento. A norma fundamental se relaciona direta ou indiretamente com as outras normas do ordenamento, constituindo, assim, um sistema, sendo o ordenamento jurídico uma unidade sistemática. (BOBBIO, 1995, p. 71).

A esse propósito, faz-se mister trazer à baía o entendimento de Barroso que assevera que o ordenamento jurídico é um sistema em que se pressupõe ordem e unidade. Nesse sistema as normas devem coexistir harmoniosamente. O controle de constitucionalidade é um mecanismo que se destina a correção e ao restabelecimento da harmonia no ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade consiste na verificação da adequação entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional com a Magna Carta. Uma vez constatada a divergência, o sistema busca saná-la, a fim de se retornar à unidade do

ordenamento jurídico. Uma norma declarada inconstitucional tem sua eficácia paralisada. (BARROSO, 2011, p. 23).

Para Bulos, o controle de constitucionalidade é o mecanismo que garante a supremacia das Constituições, uma vez que para uma lei ou ato normativo ser considerado constitucional, deve-se verificar sua adequação com a Lei Maior, verificando-se a compatibilização com os requisitos constitucionais formais e materiais. O autor exemplifica mencionando que “a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à Constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional”. (BULOS, 2014, p. 186).

O significado do controle de constitucionalidade é a verificação e a compatibilização de lei ou ato normativo com a Constituição, analisando-se os requisitos formais e materiais. (MORAES, 2012, p. 735).

Além das definições apresentadas, cumpre acrescentar, ainda, como objeto, no âmbito do controle de constitucionalidade, a questão da omissão inconstitucional, que, conforme Mendes (2016, p. 176):

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos. É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo, a natureza desses institutos. Todos os que, tópicos ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Ainda, no tocante à omissão inconstitucional, cumpre ressaltar o ensinamento de Barroso (2016, p. 170):

O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atendeu, assim, a um reclamo generalizado da sociedade e da doutrina em busca de maior efetividade para as normas constitucionais, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo brasileiro. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo institucional de fiscalização

abstrata, de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal e materializada em processo objetivo. Já o mandado de injunção destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público.

Foram assentadas as premissas do controle de constitucionalidade quanto à supremacia e à rigidez constitucional. Verificou-se, também, que o ordenamento jurídico é originado de uma norma fundamental e é formado por uma unidade sistemática de normas escalonadas hierarquicamente, onde se encontra no ápice, iluminado a produção de normas, o texto constitucional. Nesse sistema, as leis ou atos normativos que contrariem a Carta Política devem ser expurgados do sistema pela fiscalização constitucional. Destarte, passa-se para análise sistemas que deram origem aos diversos modelos de controle de constitucionalidade.

### **1.1.2 Sistemas de controle de constitucionalidade**

Os diversos modelos de justiça constitucional existentes derivaram dos sistemas de controle de constitucionalidade que a seguir serão descritos. Ver-se-á o motivo pelo qual eles são as matrizes (origens) dos modelos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos existentes. (BULOS, 2014, p. 192-193).

Nesse ponto, no entanto, encontra-se certa divergência se são 2 ou 3 as matrizes de controle de constitucionalidade. Como este não é o objeto principal do trabalho, apresentar-se-ão 2 modelos: o norte-americano e o austríaco. O terceiro modelo é o francês, no entanto, nem todas as fontes pesquisadas o indicaram como um dos grandes modelos de justiça constitucional.

O sistema americano de controle da constitucionalidade tem origem no ano de 1803, quando a Suprema Corte Americana determinou, pela primeira vez, sua competência para realizar o controle de constitucionalidade, na decisão aplicada ao caso *Marbury vs. Madison*, em que as leis consideradas inconstitucionais, conforme a interpretação da referida Corte, não mais deveriam ser aplicadas. Ressalta-se que, naquele momento histórico, a Constituição não delegava, explicitamente, à Suprema Corte ou a qualquer outro órgão judicial, competência de tal natureza. Assim, a Suprema Corte, sob o comando do Chief Justice John Marshall, buscou fundamentar que sua competência provém do próprio sistema. Além disso, o argumento de Marshall foi baseado nas seguintes premissas: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei contrária à Lei Maior e o cabimento ao Poder Judiciário da última palavra quanto interpretação constitucional. (BARROSO, 2011, p. 25-30).

Assim, a partir do caso *Marbury v. Madison*, pulverizou-se para diferentes ordenamentos jurídicos o entendimento no qual o Poder Judiciário, juízes e tribunais somente poderiam julgar os casos fundamentados em leis que se compatibilizassem com os preceitos constitucionais. Eis então o amadurecimento secular que, a partir da decisão de Marshall, difundiu o modelo difuso de controle das leis (ou jurisdição constitucional difusa, ou ainda, aberto), que será aprofundado posteriormente. Acerca desse modelo, todos os membros ou órgãos do Poder Judiciário, juízes ou tribunais podem fiscalizar a validade das leis, isto é, examinar a constitucionalidade de leis e declará-las inconstitucionais. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p.791-792).

Bulos apresentou o princípio do *stare decisis*, fundamentado no estudo de Edward D. Re, no qual os juízes ordinários observam os entendimentos das decisões deliberadas pelos Tribunais Superiores. Assim, em razão do sistema americano de precedentes, as decisões da Suprema Corte possuem efeito vinculante, ou seja, devem ser seguidas por todos os órgãos judiciais. É uma forma de preservar a supremacia da Constituição Americana de 1787, uma vez que lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, vincula todos os juízes. (BULOS, 2014, p. 194).

O instituto do *stare decisis* é derivado do princípio inglês *precedent*. Nesse raciocínio, Streck (2004, p. 325) preleciona no sentido de que:

Assim como gradativamente vem ocorrendo no sistema da *Civil Law*, em que cada vez mais jurisprudencializa-se o Direito, a jurisprudência na *Common Law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do Direito [...] desde o século XIX a regra do *precedent* impõe aos magistrados regras de Direito destacadas de outras decisões. Nos Estados Unidos existe a mesma regra, denominada de *stare decisis*, que, porém não funciona com o mesmo rigor da inglesa. A existência de um sistema federativo faz com que seja necessário abrandar o sistema de precedentes, uma vez que é preciso evitar que se estabeleçam entre os direitos dos diversos Estados-membros diferenças consideráveis.

Bulos acrescenta, no entanto, que ao se aplicar o *stare decisis* no sistema americano de controle difuso de constitucionalidade não há o controle abstrato de normas, mas apenas a fiscalização de litígios *inter partes*. (BULOS, 2014, p. 194).

O modelo difuso do controle de fiscalização é criticado por Kelsen, pela deficiência no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (sistema austríaco ou europeu ou kelseniano de controle da constitucionalidade).

Consoante Bulos, com base nos ensinamentos de Kelsen, o modelo incidental americano limita o combate à inconstitucionalidade, visto como não alcança as

inconstitucionalidades abstratas. Assim, a solução desse problema se apresenta pela anulação das normas pela via do controle concentrado de constitucionalidade, no qual se remove do ordenamento jurídico as leis e atos normativos contrários ao Texto Magno. (BULOS, 2014, p. 194).

Em 1920, originou-se, na Áustria, o modelo concentrado de constitucionalidade, desenvolvido por Kelsen. Nesse modelo, por ser um ofício especial e autônomo, competia a uma Corte Constitucional, o exclusivo desempenho dessa atividade. Em decorrência disso, criou-se o Tribunal Constitucional Austríaco, cuja atividade era realização exclusiva do controle de constitucionalidade das leis. Kelsen acreditava que o principal fim do controle concentrado não era a resolução de litígios de casos *in concreto*, mas a anulação genérica das leis contrárias ao texto constitucional. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p.792).

Na abordagem do tema, Barroso (2016, p. 71) enfatiza que:

Como essa não era a regra vigente nos sistemas judiciais europeus, optou-se pela criação de um órgão específico — um tribunal constitucional — para o desempenho de competência dessa natureza e alcance. Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema. E vem daí o segundo fundamento para a decisão de se criar um órgão que não integrasse a estrutura do Poder Judiciário: o tribunal constitucional não deveria ser composto por juizes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado.

Cabe ressaltar, ainda, que o Tribunal Constitucional é um órgão independente e autônomo dos Poderes do Estado, conforme ensina Moraes (2013, p. 103-104):

A atual Constituição austríaca consagra o Tribunal Constitucional em sua parte VI (Garantias da Constituição e da Administração), letra c, portanto independente e autônomo em relação aos demais poderes de Estado. Assim, o Tribunal Constitucional não se situa em nenhum dos clássicos Poderes de Estado, preservando sua independência e garantindo plena liberdade em seus julgamentos.

Em síntese, as matrizes do controle de constitucionalidade se dividiram nos modelos: norte-americano, cuja jurisdição é difusa, em que todos os membros ou órgãos do Judiciário fiscalizam a validade das leis; europeu, no qual o controle é concentrado em um único órgão.

## 1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como já apresentado, verificou-se que as normas constitucionais estão no ápice da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. Então, quando há respeito à supremacia da Constituição, tem-se a noção de constitucionalidade. Nos atos públicos ou privados contrários à supremacia constitucional, há, portanto, a noção de inconstitucionalidade. Nos casos de constitucionalidade, bem como nos de inconstitucionalidade, requer-se uma Constituição rígida, munida de supremacia formal, a fim de que suas normas sejam premissa para edição de outras normas do ordenamento jurídico. (BULOS, 2014, p. 138).

Silva preconiza que o princípio da supremacia necessita que os eventos jurídicos “se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”. No entanto, acrescenta que apenas a conformidade com as disposições do Texto Constitucional não é o suficiente, uma vez que nos casos em que a Lei das Leis prevê, mas se deixa de empregar as normas constitucionais, consiste em inconstitucionalidade. (SILVA, 2005, p. 46).

Desta forma, visando compreender a amplitude da inconstitucionalidade, passa-se a analisar suas diversas modalidades.

### 1.2.1 Modalidades de inconstitucionalidade

Conforme Barroso há diversos parâmetros nos quais se pode avaliar a inconstitucionalidade de uma norma, utilizando-se o critério temporal (momento de constatação), análise do procedimento de edição e do teor da norma, a omissão estatal ao tornar plenamente aplicável uma norma constitucional, entre outros. (BARROSO, 2011, p. 47-48).

A inconstitucionalidade formal (ou nomodinâmica) é uma classificação dada quando há descumprimento da Lei Maior: 1 – no processo de elaboração da norma, 2 - na competência do ente responsável pela edição da norma, 3 - no procedimento legislativo em si. Nesse tipo de inconstitucionalidade, ainda que o conteúdo normativo se compatibilize com o previsto no Texto Constitucional, houve desobediência a alguma formalidade no que concerne ao processo legislativo ou aos preceitos de competência, todos previstos pela Carta Magna. (ALEXADRINO, 2015, p. 781-782).

Nessas distinções, tem-se a inconstitucionalidade formal orgânica, que, no entender de Barroso, nada mais é que o vício formal da norma, no qual se observa que não

houve cumprimento dos preceitos constitucionais quanto ao ente competente para a produção da norma. O autor exemplifica que caso a Assembleia Legislativa Estadual crie uma lei de conteúdo penal ou de direito civil, acarretará em inconstitucionalidade, visto que há desrespeito à competência privativa da União no tocante à edição da matéria. Há, ainda, a inconstitucionalidade formal propriamente dita, que trata da espécie normativa editada sem consonância com o processo legislativo previsto constitucionalmente. O autor assevera que o processo ou procedimento legislativo em sua totalidade é formado pela iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação e, que o vício de iniciativa na elaboração de espécies normativas se revela ser o mais comumente encontrado. Isso quer dizer que somente o possuidor da competência privativa poderá dar início ao processo legislativo quanto àquela determinada matéria. Como exemplo de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, tem-se o caso de parlamentar que edita projeto de lei que cria atribuições para o Ministério Público, altera o estatuto da magistratura, ou cria cargo público, porquanto fere os seguintes preceitos constitucionais respectivamente a seguir: artigo 128, §5º, artigo 93 e artigo 61, § 1º, II, "a". (BARROSO, 2011, p. 48-49)

Por outro lado, a inconstitucionalidade material (ou nomoestática) resulta da não conformidade do conteúdo da norma com as disposições constitucionais. Nessa classificação, mesmo que se cumpra fielmente o processo legiferante (procedimento previsto pela Lei Maior para edição das normas), há inconstitucionalidade material caso a matéria em questão seja incompatível com a Carta Política. Como exemplo, cita-se, hipoteticamente, se uma lei inserisse no Brasil a pena capital para tipos penais comuns, ter-se-ia inconstitucionalidade material, por desrespeito à art. 5.º, XLVII, do Texto Constitucional. (PAULO; ALEXADRINO, 2015, p. 781-782).

A Constituição Federal de 1988 apresenta duas formas de inconstitucionalidades sendo elas a Inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão, presentes no item a, inciso I e itens a, b, c, inciso III todos do art. 102, art. 103 e seus §§ 1º a 3º:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. (BRASIL, 2016).

Conforme Silva, a inconstitucionalidade por ação (positiva ou por atuação) advém da edição de atos legislativos ou administrativos que ofendam normas e princípios constitucionais. Assim, nessa modalidade de inconstitucionalidade, o Poder Público cria normas ou age em desacordo com a Constituição. Então, para que uma norma seja constitucional, deve haver respeito ao princípio da supremacia da Constituição, ou seja, a validade das normas inferiores depende da sua compatibilidade com as normas superiores, que em última instância está o Texto Constitucional. (SILVA, 2005, p. 47).

Consoante Novelino, a inconstitucionalidade por omissão ocorre nos casos em que as medidas legislativas ou executivas necessárias deixam de ser prestadas (*non facere* ou *non praestare*) ou são, ainda, insuficientemente adotadas, a fim de que se tornem plenamente aplicáveis as normas constitucionais que não possuem regulamentação. Ao se abster da obrigação manifesta constitucionalmente de legislar, o Poder Público fere integridade da Lei das Leis, situação a qual estimula a erosão da consciência constitucional. (NOVELINO, 2012, p. 240-241).

Além de corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Mendes, que acrescenta a omissão total e parcial, prelecionando:

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna

como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. (MENDES, 2015, p. 1070).

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Barroso (2016, p. 55) que aduz, *in verbis*:

No Brasil, o tema da inconstitucionalidade por omissão foi amplamente debatido nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da Assembleia Constituinte, que resultaram na Constituição de 1988. A nova Carta concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: (i) o mandado de injunção (art. 5o, LXXI), para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; e (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2o), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas.

Outra forma de classificar a inconstitucionalidade é no que concerne à extensão da desarmonia da lei ou do ato normativo comparativamente com a Lei Maior. Tem-se, assim, a inconstitucionalidade total e a inconstitucionalidade parcial que serão pormenorizadas a seguir.

A inconstitucionalidade total abarca a integralidade de um diploma normativo ou uma disposição normativa. A fim de se exemplificar a primeira situação, cita-se o caso de inconstitucionalidade de lei aprovada por quorum diverso do exigido. Exemplificando-se a segunda hipótese, tem-se a inconstitucionalidade de forma integral em um artigo presente no bojo da lei. (BERNARDES; FERREIRA, 2015, p. 326).

Conforme Fernandes, a doutrina nacional se posiciona no sentido de que a inconstitucionalidade formal está ligada à inconstitucionalidade total, uma vez que há inconstitucionalidade desde a criação (origem) do ato, devendo, portanto, ser declarado totalmente inconstitucional. (FERNANDES, 2011, p. 918).

A inconstitucionalidade parcial é um vício que abrange apenas parte da norma, como na hipótese de a declaração de inconstitucionalidade recair somente sobre: I - um dos artigos de uma lei, II - alguma expressão linguística ou sentido normativo pertencente a uma mesma previsão normativa. (BERNARDES; FERREIRA, 2015, p. 327).

Adiciona-se que a inconstitucionalidade material pode estar presente na declaração de inconstitucionalidade parcial (mais comumente encontrada), bem como na inconstitucionalidade total. (FERNANDES, 2011, p. 918).

De acordo com o princípio da presunção de constitucionalidade os entes que fiscalizam a constitucionalidade devem proteger a atividade de produção de normas. Assim, a inconstitucionalidade deve limitar-se às parcelas viciadas do ato normativo, a fim de preservar as partes incontestáveis. (BERNARDES; FERREIRA, 2015, p. 327).

### **1.2.2 Modalidades de controle de constitucionalidade**

Conforme já visto, a doutrina classifica como originários 2 grandes sistemas de controle de constitucionalidade: o americano e o austríaco. A partir dessas matrizes, emergiram variações que se amoldam às sutilezas dos sistemas constitucionais dos diversos países. Serão apresentadas algumas delas nesse trabalho, sendo divididas por número de fiscais da constitucionalidade: controle difuso e controle concentrado, tipo de fiscalização: abstrato e concreto e, por fim, posição na sequência processual: via incidental e via principal. O controle concentrado e o difuso foram definidos como a principal forma de classificação, de forma a abarcar as demais modalidades, conforme a seguir.

#### **1.2.2.1 Número de fiscais da constitucionalidade: controle difuso e concentrado**

O sistema constitucional brasileiro, a partir da Constituição de 1988, utiliza o controle de constitucionalidade misto (ou combinado) dos modelos difuso e concentrado, baseado respectivamente nos já citados sistema norte-americano e sistema austríaco, possuindo características de cada um dos sistemas, uma vez que compete tanto ao Supremo Tribunal Federal como aos juízes e tribunais o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. (THAMAY, 2015, p. 12).

Inicia-se, portanto, do controle difuso que se singulariza por conceder a todo e qualquer juiz ou tribunal o poder de efetuar, no caso concreto, a análise de constitucionalidade, ou seja, da compatibilização da norma ou ato normativo com a Constituição Federal. (MORAES, 2012, p. 744).

Cumpra destacar a nomenclatura praticada no sistema brasileiro no tocante ao controle difuso que pode ser chamado de desconcentrado, subjetivo, aberto, concreto, descentralizado ou incidental - atrela-se à via de exceção. (BULOS, 2014, p. 205).

Como apresentado anteriormente, a ideia de controle de constitucionalidade realizada por todos os órgãos do Poder Judiciário tem origem no caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual o Chief Justice John Marshall da Suprema Corte Americana enfatizou que faz parte do labor jurisdicional a interpretação e aplicação da lei. Mas nos casos em que a lei contrarie a Constituição, o tribunal deve aplicar o preceito constitucional.

De acordo com Novelino, o controle difuso vige no sistema constitucional brasileiro a datar da primeira Constituição Republicana (1891). Essa forma de controle pode ser realizada, de forma incidental, por todo e qualquer juiz ou tribunal competente. O fim último do controle difuso-concreto é a defesa de direitos subjetivos (processo constitucional subjetivo). Nesse modelo, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida de ofício, sem o pleito das partes, por se tratar de uma questão incidental indispensável ao julgamento do mérito. (NOVELINO, 2012, p. 257-258).

No tocante ao controle difuso, impende ressaltar o exposto no art. 97 da Lei Suprema o qual estabelece que “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”, materializa-se, nesse artigo, o princípio da reserva de plenário.

Nesse sentido, BARROSO (2011, p.84) ensina que:

Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independentemente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte é a percepção de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta.

Desta forma, não compete a nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, sem que antes haja reconhecimento do vício pelo plenário ou órgão especial do próprio tribunal ou, ainda, pelo

plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental ou principal. (BARROSO, 2011, p. 119).

Importante destacar a Súmula Vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal que prescreve *in verbis*: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 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”.

Conforme Novelino, o propósito da Súmula Vinculante 10 é enfatizar que os órgãos fracionários de tribunais devem remeter à análise de constitucionalidade de lei ou ato normativo ao plenário ou órgão especial quando constatarem que a referida norma não se compatibiliza com a Constituição Federal. (NOVELINO, 2012, p. 271).

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme Rcl 12.275-AgR, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 22/5/2014, Plenário, publicado no DJE de 18-6-2014, no qual afirma que as partes não precisam solicitar a remessa do incidente de inconstitucionalidade para o Pleno do tribunal. Afirma o relator que é dever de ofício do órgão fracionário realizar esse envio, já que é inviável a possibilidade de realizar a declaração expressamente da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, não sendo possível afastar sua incidência, parcialmente ou totalmente.

Importante frisar que há previsão na legislação desobrigando o órgão fracionário de remeter ao órgão especial ou ao pleno a análise de compatibilidade com a Lei Maior. É o que prevê o art. 949, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Assim, a norma determina que o órgão fracionário remeta a manifestação de inconstitucionalidade ao Plenário ou ao Órgão Especial e, além disso, impõe o emprego do precedente constitucional. Turmas e Câmaras passaram a ser obrigadas a empregar os precedentes consolidados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, tanto na acepção de constitucionalidade como na de inconstitucionalidade. (MARINONI, 2016, p. 994).

No controle difuso a verificação de constitucionalidade se dá de forma prejudicial. Desta forma, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não faz coisa julgada, somente a questão principal faz, ocorrendo apenas entre as

partes. Tem-se, portanto, a coisa julgada *inter partes* na qual os efeitos da coisa julgada se dão entre as partes do litígio. Estender a coisa julgada a terceiros não partícipes da questão é inconstitucional, uma vez que não se oportunizou contraditório e a ampla defesa. (SIMÃO, 2015, p. 126).

Em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo produz efeitos *ex tunc*, já que a lei inconstitucional é um ato nulo (teoria da nulidade). No entanto, a modulação temporal dos efeitos decisórios, embora prevista somente no controle abstrato (Lei 9.868/1999 e Lei 9.882/1999), tem sido admitida, excepcionalmente, no controle difuso-concreto. O Supremo Tribunal Federal aplica, analogamente, o art. 27 da Lei 9.686/1999, quando há motivos de segurança jurídica ou de interesse social. O Tribunal, desde que contemplada o requisito da maioria qualificada de 2/3 de seus Membros, vem admitindo a modulação temporal, de forma a atribuir à decisão efeitos a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*) ou até efeitos prospectivos (*pro futuro*). (NOVELINO, 2012, p. 259).

De acordo com Vasconcelos, nas situações *in concreto*, o Recurso Extraordinário é a via mais comumente utilizada para a remessa de matéria constitucional ao Supremo Tribunal Federal. Além desse recurso, há também as ações de competência originária e os recursos ordinários. (VASCONCELOS, 2016, p. 395).

A partir da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, incidentalmente, em um caso concreto, por maioria absoluta dos membros, o Supremo Tribunal Federal poderá oficial o Senado Federal, a fim de que este, conforme previsto no art. 52, X, da Constituição, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. (MORAES, 2012, p. 749).

O controle difuso de constitucionalidade pode, ainda, ser realizado por ação civil pública, conforme prevê a Lei n. 7.347/1985, competindo ao Ministério Público ajuizá-la, em sede de controle difuso, requerendo análise leis inconstitucionais, potencialmente prejudicial ao patrimônio público. Bulos exemplifica citando casos de licitações fraudulentas, podendo ser verificadas no âmbito incidental do controle constitucionalidade. Esse entendimento advém da compreensão de que, no caso concreto, em um conflito entre partes, há a possibilidade de o juiz ou o tribunal definir lei como inconstitucional, resolvendo-se a matéria prejudicial. (BULOS, 2014, p. 20)

Além disso, o Mandado de Injunção é previsto constitucionalmente nas situações que falta de norma regulamentadora para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e dos direitos intrínsecos à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O objeto

do mandado de injunção é o não cumprimento de dever constitucional de legislar que, de algum modo, afete direitos constitucionalmente garantidos (ausência de norma regulamentadora que inviabilize a manifestação de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania). Omissão pode ser dar de forma total ou parcial. (MENDES, 2008, p. 4-5).

Nesse sentido, BARROSO (2016, p. 170) leciona que:

Quatro dos cinco dispositivos constitucionais referentes ao instituto tratam da fixação de regras de competência originária e recursal dos tribunais para apreciá-lo: art. 102, I, q, e II, a — Supremo Tribunal Federal; art. 105, I, h — Superior Tribunal de Justiça; art. 121, § 4o, V — Tribunais Regionais Eleitorais. O objetivo do constituinte foi concentrar a apreciação do mandado de injunção nos tribunais. De fato, partindo da premissa de que ele se destina a sanar, para o caso concreto, a omissão legislativa, a concentração da competência nos tribunais evita a dispersão do poder decisório e permite manter uma uniformidade de critério na integração das lacunas, evitando decisões conflitantes ou não isonômicas.

Já no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade (via principal ou de ação), segundo Barroso, a representação interventiva foi seu predecessor, sendo introduzida pela Constituição de 1934. A representação interventiva era uma premissa para que se decretasse a intervenção federal no âmbito dos Estados-membros, caso se descumprisse algum dos princípios constitucionais sensíveis. (BARROSO, 2016, p. 191).

Conforme Bonavides (2001, p. 298), o controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, expandindo o âmbito material da via de ação. Relata o autor que se atribuiu à Suprema Corte competência para, originariamente, processar e julgar a “representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Bulos apresenta a nomenclatura utilizada no Brasil referente ao controle concentrado que também pode ser chamado de reservado, fechado, objetivo, principal, em tese, centralizado ou abstrato – vincula-se à via de ação, na qual apenas o Supremo Tribunal Federal realiza a fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos. (BULOS, 2014, p 235).

Como já apresentado, o controle concentrado de constitucionalidade é originado do modelo austríaco, difundido no continente europeu. Nessa espécie de controle cabe a um ou a um número limitado de órgão realizar a análise da constitucionalidade de leis e atos

normativos, diferentemente do modelo americano (sistema difuso), no qual fiscalização é realizada todos os órgãos jurisdicionais. (BARROSO, 2011, p. 177).

O controle concentrado possui características de um processo objetivo, no qual não há partes nem contraditório, não se tem como objeto principal a análise uma questão concreta, não serve à proteção de direitos subjetivos. Trata-se, portanto, de controle em tese, uma vez que não há um caso concreto vinculado ao pleito judicial. (VASCONCELOS, 2016, p. 404).

Assim, importa ao controle abstrato a proteção da ordem constitucional. Questões concretas, ligadas ao controle difuso, não fazem parte do seu objeto. No entanto, há a possibilidade de utilizar ferramentas pertencentes ao processo comum, como exemplo, têm-se os requisitos ou condições da ação. O importante é não se afastar dos preceitos do processo objetivo, sempre atendendo aos seus requisitos formais. (BULOS, 2014, p. 235).

O Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento nesse sentido, conforme se verifica no AgRg em ADI n. 1254-MC, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 14/06/1995:

O controle normativo abstrato constitui processo de natureza objetiva. A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo - vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional - encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção in abstracto da ordem constitucional. Precedentes. Admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. Precedentes. Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar aqueles agentes ou instituições referidos no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. A tutela jurisdicional de situações individuais - uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional - há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse (CPC, art. 3º).

O objeto do controle de constitucionalidade é, na via de ação, a lei ou ato normativo federal ou estadual que desrespeite da Constituição da República, ainda que não vigente, necessitando apenas de sua promulgação e publicação. (VASCONCELOS, 2016, p. 404).

Por este prisma é o entendimento de Simão (2015, p. 130-131):

A competência, no Brasil, é concentrada no Supremo Tribunal Federal, no tocante à violação da Constituição Federal por normas federais, estaduais e distritais, e nos Tribunais de Justiça, no tocante à violação da Constituição Estadual por normas estaduais e municipais.

Acrescenta, ainda, o autor, no tocante à legitimidade:

Em razão de seu caráter abstrato e objetivo, a legitimidade não obedece às regras comuns das demais ações, pois a legitimidade, em regra, é aferida levando em conta a relação substancial afirmada pelo autor, ou seja, a relação jurídica material descrita. No caso do controle abstrato-objetivo, por não envolver a proteção direta de interesse subjetivo, é estabelecida pela lei com base no critério da melhor representatividade, sendo classificada como uma legitimidade reservada ou restrita. Não se desconhece nessas situações que todos os indivíduos possuam interesse na declaração de inconstitucionalidade, mas não lhes é conferido, em razão do interesse público e da segurança jurídica, legítimo interesse a ela (CF, art. 103).

Cumprido ressaltar quais tipos de leis e atos podem estar sujeitos ao controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com Vasconcelos, a lei é um ato normativo primário típico, além dela, as demais espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), podem ser submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade. (VASCONCELOS, 2016, p. 404).

Assim, cabe ao tribunal pronunciar-se relativamente à validade da lei ou ato normativo em questão, mantendo ou afastando a norma do ordenamento jurídico. Da mesma forma, caso se trate de omissão inconstitucional, declara-se ilegítima a não edição normativa. Já no âmbito da ação direta, o autor deverá elencar os atos infraconstitucionais em face dos quais se questiona a inconstitucionalidade, apontar as normas constitucionais referentes, bem como apresentar a fundamentação. (BARROSO, 2016, p. 192).

De acordo com Vasconcelos (2016, p. 404), para que haja a viabilidade de propositura de ação direta, as leis e atos normativos devem reunir certas características. A lei é, por si só, ato normativo típico; assim, um ato normativo deve cumular abstração, generalidade e autonomia. A generalidade caracteriza-se por ser o ato a comum a todos. Já no âmbito da abstração, o ato não poderá se relacionar a uma situação *in concreto*. Autonomia quando a análise de compatibilidade realizar-se frontalmente com a Magna Carta.

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2630 AgR, cujo relator foi Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, que acrescenta a definição de densidade normativa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DE CONFRONTO ENTRE DIPLOMAS LEGISLATIVOS – ATO DESTITUÍDO DE NORMATIVIDADE – INSUFICIÊNCIA DE DENSIDADE NORMATIVA – ACÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – [...] O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais. (grifo nosso).

Assim, se o ato for abstrato, genérico, todavia não munido de autonomia, “não poderá ser objeto de controle mesmo que totalmente ilegal e de quebra inconstitucional”, tendo em vista que houve violação de compatibilidade vertical com a Constituição Federal. Deste modo, atos de efeitos individuais e as leis de efeitos concretos também não podem impugnados por meio de ADI. O Autor exemplifica por meio da lei de diretrizes orçamentárias, cujo objeto e destinatários são determinados, não há generalidade abstrata, sendo, portanto, lei de efeitos concretos, inviabilizando o controle concentrado de constitucionalidade. (VASCONCELOS, 2016, p. 404).

Vasconcelos acrescenta, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não acolhe ADI cujo ato tenha sido revogado. Contudo, caso o ato seja revogado durante o processo, poderá ser julgado, já que a decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* e, além disso, a revogação não expurga os efeitos da lei que até então vigorava. O autor acrescenta que não pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade em sede de ADI lei ou norma já exaurida. (VASCONCELOS, 2016, p. 404).

De acordo com Bulos, o Supremo Tribunal Federal desempenha, no controle concentrado de leis e atos normativos, papel de legislador negativo, visto que não lhe cabe converter sua atividade em gram-positiva. Ressalta-se que a legiferação positiva é a ação de editar leis ou atos normativos primários. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato, não possui atribuição para criar normas de forma a atuar igualmente ao legislador positivo. (BULOS, 2014, p.237)

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Barroso (2016, p. 192-193), que preleciona:

Como regra geral, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que não pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos que não tenham sido impugnados, ainda que os fundamentos sejam os mesmos. Quanto aos limites do papel a ser desempenhado pelo tribunal, o conhecimento convencional é no sentido de que ele só pode atuar como legislador negativo — paralisando a eficácia de uma norma existente —, mas não como legislador positivo, inovando no ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente inexistente.

Cumprido destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou nesse sentido, conforme se extrai da ADI n. 1.822, atuando como relator o Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/1998.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Liminar. [...] Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo. - No tocante ao segundo pedido alternativo, não se podendo, nesta ação, examinar a constitucionalidade, ou não, do sistema de distribuição de honorários com base no critério da proporcionalidade para a propaganda eleitoral de todos os mandatos eletivos ou de apenas alguns deles, há impossibilidade jurídica de se examinar, sob qualquer ângulo que seja ligado a esse critério, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesse pedido alternativo. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (grifo nosso)

Isto posto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não dispõe do poder de impulsão de forma a inovar no ordenamento jurídico pela edição de atos normativos primários. Caso se comportasse deste modo, adentraria no âmbito da competência do Poder Legislativo, situação a qual não se admite, uma vez que violaria, conforme o art. 22 da Constituição Federal, a cláusula da separação de Poderes. Por esta razão, quando o Supremo Tribunal Federal realiza o controle concentrado de constitucionalidade, ele atua como legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico leis ou atos normativos inconstitucionais. (BULOS, 2014, 237-238).

Conforme o art. 103, § 2º, da Constituição Federal, há a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

De acordo com Vasconcelos, a Constituição da República está sujeita à violação tanto por ação quanto por omissão, ou seja, uma abstenção, um deixar de fazer, quando existe a obrigação constitucionalmente prevista de fazer. Há uma norma de eficácia limitada que

necessita de lei, todavia o legislativo deixa de cumprir seu papel, não a edita, desta forma, opõe-se à previsão constitucional. Acrescenta o autor que o antagonismo entre o comportamento positivo determinado pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público que se omite conforma-se na denominada inconstitucionalidade por omissão (podendo ser total ou parcial). (VASCONCELOS, 2016, p. 423).

Vasconcelos (2016, p. 423) ainda assenta que:

A “falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa” que assolou o constitucionalismo brasileiro por décadas, fez com que surgissem dois mecanismos de combate à omissão inconstitucional do Poder Público: o mandado de injunção e a ADIn. O primeiro só pode ser tratado pela via difusa de controle; o segundo, pela via concentrada.

Nesse sentido, Mendes (2008, p. 7-8) leciona que:

A ação direta de inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é o instrumento destinado à aferição da inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes na concretização de determinada norma constitucional, sejam eles órgãos federais ou estaduais, seja a sua atividade legislativa ou administrativa, desde que se possa, de alguma maneira, afetar a efetividade da Constituição. Assim como na Ação direta de inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, o parâmetro de controle da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão é, exclusivamente, a Constituição vigente. Nesse sentido, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ter como objeto tanto a omissão total, absoluta, do legislador, quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar.

Definido o objeto e delimitada a extensão da atribuição do órgão julgador, finaliza-se apresentando, conforme Moraes (2012, p. 760-761), os variados meios de controle concentrado estipulados na Constituição Federal: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, *a*), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*; EC nº 03/93) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Importante ressaltar que, conforme Barroso, a ação direta interventiva (CF, art. 36, III) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1o), não compartilham todas as particularidades do controle por via principal. Assim, nessas duas hipóteses, há outras peculiaridades, a fiscalização empregada nem sempre será abstrata, nem a controvérsia constitucional será a questão principal implicada.

### 1.2.2.2 Tipo de Fiscalização: abstrato e concreto

Quanto ao tipo de fiscalização, o controle de constitucionalidade pode ser abstrato ou concreto.

Para Marinoni, o controle abstrato analisa a norma em si mesma, não se vincula a um direito subjetivo de um caso *in concreto*. No controle abstrato de leis e atos normativos, almeja-se verificar a validade da norma perante a Constituição, não levando em consideração se essa norma é indispensável ao ordenamento para a tutela jurisdicional de um direito. Como o controle abstrato é direcionado somente à análise da constitucionalidade da norma *in abstracto*, ou seja, não trata de um caso concreto, surge um processo autônomo de controle de constitucionalidade, caso em que não há vínculo jurídico a um conflito anterior entre partes acerca da solução de um litígio. (MARINONI, 2016, p. 941).

Assim, a lei ou ato normativo são analisados em face da Carta Maior. Desta forma, o questionamento realizado é se a norma se compatibiliza com a Constituição em tese, ou seja, sem a necessidade de aplicação da norma em um caso concreto. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 82).

Considerando a evolução do controle constitucional do sistema austríaco, após a reforma constitucional de 1929, a verificação de compatibilidade com lei em tese na qual sua validade comprometa a resolução do caso concreto é de competência da Corte Constitucional. Desta forma, nesses casos os Tribunais Superiores são obrigados remeter à Corte Constitucional para aferição de sua constitucionalidade, devendo vincular-se ao seu pronunciamento. (MARINONI, 2016, p. 941).

Em se tratando da distinção entre controle concreto e abstrato, Mendes (2016, p. 1140) leciona que:

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade. O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano<sup>20</sup>. Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, consequências jurídicas idênticas. Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e

necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”.

O controle concreto de constitucionalidade pode realizar-se em qualquer caso de conflito, como questão prejudicial para se solucionar o litígio entre as partes. No sistema americano, como já apresentado, tem-se entendimento no qual o magistrado que tem a competência para decidir também possui poder para verificar a validade constitucional da norma prejudicial resolução do evento ao qual é submetido. Ocorre no direito brasileiro desde a Constituição de 1891. (MARINONI, 2015, p. 940).

Nesse mesmo entendimento, Dimoulis esclarece que essa fiscalização é realizada em um caso concreto de aplicação de uma norma infraconstitucional, em que se verifica a sua compatibilidade com a Carta Magna. O magistrado analisa somente litígio em questão, não havendo a necessidade de se instaurar um processo específico, pois a questão emerge incidentalmente no decorrer do processo como uma forma de defesa processual dos litigantes ou ainda em caso de dúvida do juiz sobre a interpretação do direito. O autor cita, como exemplo hipotético, o caso de um devedor que como meio de garantia dá seu único imóvel e suscita a inconstitucionalidade da norma que possibilita a penhora, uma vez que pretende que sua casa não seja objeto de penhora, desta forma, realiza o pedido de declaração de inconstitucionalidade no decorrer do processo. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 82).

Não é admissível combinar o controle abstrato e concreto em um mesmo procedimento. Todavia, é possível encontrar procedimentos das duas modalidades em um mesmo ordenamento jurídico. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 82).

No sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal efetua o controle de constitucionalidade das duas espécies. Há o controle abstrato de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade nos termos do artigo 102, I, a, da Constituição Federal:

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; (BRASIL, 2016).

Existe, também, o controle concreto realizado por meio de Recurso Extraordinário estampado no artigo 102, III, da Magna Carta:

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

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL, 2016).

### 1.2.2.3 Posição na sequência processual: via incidental e via principal

Partindo-se do ponto de vista formal, o sistema de controle de constitucionalidade poderá ser realizado pela via incidental ou, ainda, pela via principal.

No controle pela via principal (abstrata ou via de ação) a verificação de conformidade da lei com a Lei Suprema será o objeto principal, autônomo e exclusivo da causa. (LENZA, 2015, p. 316).

Desta forma, de acordo com MARINONI (2016, p. 943):

No controle principal a questão constitucional não é suscitada incidentalmente nem constitui prejudicial ao julgamento do litígio que constitui objeto do processo. No controle principal, o objeto do processo é a própria questão constitucional. O processo é instaurado em virtude e apenas em razão da própria alegação da questão de constitucionalidade, não existindo litígio dependente da solução desta questão para ser dirimido. [...] O controle principal, em regra, é de natureza abstrata, mas pode, excepcionalmente, ter natureza concreta, como é exemplo o mandado de injunção, em que a questão de inconstitucionalidade por omissão constitui objeto da ação, mas é aferida a partir da situação pessoal, concreta, lamentada em juízo pelo demandante. É o caso também da ação direta interventiva, cuja decisão favorável é requisito de admissibilidade para a intervenção federal.

Ainda, de acordo com Dimoulis, o controle principal ocorre por meio de ação própria. Desta maneira, o processo dá início com o questionamento da (in)constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 83).

Em caráter antagônico ao controle principal, tem-se o controle incidental, que pode ser chamado, segundo Lenza (2015, p. 316), de via incidental, via de exceção ou, ainda,

via de defesa. Essa forma de controle é exercida como questão prejudicial à solução do litígio, uma vez que se trata de um requisito lógico do pedido principal.

Consoante Marinoni (2016, p. 943), “O objeto do processo, nestes casos, é um litígio entre as partes, que não se confunde com a questão constitucional. Trata-se, portanto, de questão de natureza constitucional, suscitada incidentalmente e ajustada como prejudicial à resolução do litígio entre as partes”.

Sobre tal aspecto, merece ser colacionado o magistério de Mendes (2016, p. 1140), que assevera:

O controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. “É mister – diz Lúcio Bittencourt – que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva”. Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes.

Barroso ensina que a inconstitucionalidade pode ser suscitada não só “pela via de exceção ou defesa”, na proporção que é concebível pela via incidental (verificação da questão prejudicial) seja fundamento do pedido do autor, situação constatada em ações constitucionais como o mandado de segurança tanto individual como coletivo. (BARROSO, 2016, p. 72).

De forma a fechar o entendimento do controle principal e incidental, bem como o controle concreto e abstrato, MARINONI (2016, p. 944) leciona que:

Controles principal e incidental constituem “modos” como a questão de constitucionalidade é levada à apreciação do Judiciário. Enquanto isto, os controles abstrato e concreto exprimem a maneira como a questão de constitucionalidade é apreciada e julgada pelo Judiciário. Quando a questão de constitucionalidade é relacionada com uma situação pessoal e concreta, há controle concreto. Na hipótese em que se examina a compatibilidade da norma com a Constituição, independentemente de qualquer situação concreta, há controle abstrato.

## 2 O PODER REGULAMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O poder regulamentar é advindo da característica relativa do princípio da separação de poderes que, conforme a doutrina do *checks and balances*, concede a cada um dos “Poderes” a atribuição para a execução de funções atípicas, a fim de que seja possível realizar o controle dos outros “Poderes”. Assim, cada um desses “Poderes” dispõe de funções típicas e atípicas, as primeiras correspondem a sua nomenclatura (o Executivo executa a lei; o Legislativo cria as leis, de forma a inovar no ordenamento jurídico; e o Judiciário soluciona os conflitos de modo definitivo, além de realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos). As últimas (funções atípicas) estão, num primeiro momento, ligadas aos outros “Poderes” (o Chefe do Executivo possui competência exercer poder normativo com caráter inovador por meio da edição de medidas provisórias e da lei delegada, conforme está previsto, respectivamente, nos arts. 62 e 68 da CRFB). (OLIVEIRA, 2016, p. 248).

### 2.2 PODER REGULAMENTAR

O Poder Legislativo pode, no seu papel criador de leis, editar normas impossibilitadas de execução. A Administração Pública deve gerar meios, a fim de complementar essas normas, sem os quais seria impossível sua efetiva aplicação, sendo esse, portanto, o fundamento do poder regulamentar. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 55).

Desta forma, determinados agentes públicos possuem atribuição para elaborar atos normativos denominados regulamentos, os quais se compatibilizam com a lei com o fim de melhor explicá-la. Assim, os referidos agentes públicos exercem o poder regulamentar. (GASPARINI, 2012, p. 172).

O exercício do poder regulamentar dispõe de algumas similaridades com a função legislativa, no entanto, não se confundem, uma vez que ambos disseminam normas gerais, atos com eficácia *erga omnes* e são dotados de abstração. (MARINELA, 2016, p. 275).

Di Pietro prefere falar em poder normativo em detrimento à denominação poder regulamentar, pois esta não abarca a amplitude da competência normativa da Administração Pública. A autora acrescenta que a Administração exerce o seu poder normativo por meio de atos que emanam normas com efeitos gerais e abstratos. (DI PIETRO, 2014, p. 91).

Nesse mesmo sentido, Mazza diz que poder regulamentar é uma espécie do gênero poder normativo, ao qual engloba todas as variedades da classe de atos abstratos: deliberações, instruções, portarias, regimentos e resoluções. (MAZZA, 2016, p. 350).

Meirelles leciona que os atos administrativos normativos dispõem de uma ordem geral do Poder Executivo, a fim de se aplicar adequadamente a lei. Objetiva-se, com esses atos, esclarecer a norma legalmente posta que deve ser seguida pela Administração e pelos administrados. Esses atos especificam a ordem abstrata da lei, com a mesma normatividade do preceito legislativo, ainda que tipicamente administrativos. Pertencem a essa classe os decretos regulamentares, regimentos, resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral. (MEIRELLES, 2013, p. 189).

Por fim, Carvalho, esclarece que a doutrina tradicional denomina o poder regulamentar como sinônimo de poder normativo. No entanto, hodiernamente, considerando que amplitude do poder regulamentar seria mais restritiva, já que somente inclui criação de regulamentos, não abarcando outros atos normativos próprios da atuação do estatal. Em função disso, o poder regulamentar tem sido tratado como espécie do poder normativo, visto que este compreende a edição de outros atos normativos: deliberações, instruções, resoluções. (CARVALHO, 2016, p. 118).

Com o fim de facilitar a compreensão do tema, embora tenham sido apresentadas distinções de nomenclatura, tratar-se-ão, daqui para frente, neste trabalho, como sinônimos, os termos poder normativo e poder regulamentar, uma vez que parte da doutrina assim o faz e, além disso, o impasse pertinente à nomenclatura não faz parte do objeto central a ser discutido.

Ainda, numa definição mais completa, o poder regulamentar é aquele que fornece aos chefes do Executivo a atribuição para esclarecer, explicar e propiciar fiel execução às leis ou, ainda, **disciplinar matéria que não se sujeita à iniciativa de lei**. Esse poder se exerce por meio da expedição de regulamentos, que são atos administrativos normativos que possuem caráter geral e abstrato. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 87-88, grifo nosso).

Ao contrário do que diz Cunha Júnior, Carvalho Filho sustenta que a atribuição do poder regulamentar tem o fim de complementar a lei, não cabendo a sua alteração pela Administração, sob o argumento de regulamentá-la. O autor acrescenta que caso a Administração assim proceda, incorrerá em abuso de poder regulamentar, pois invadirá a competência do Poder Legislativo. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 59).

Por fim, trazemos à baila a definição de Meirelles, para quem o poder regulamentar é a competência da qual os Chefes do Executivo (Presidente da República,

Governadores e Prefeitos) dispõem, a fim de esclarecer uma lei para seu correto cumprimento, ou ainda, ampliando a concepção dos regulamentos independentes, de expedir decretos autônomos acerca de conteúdo de sua alçada ainda não abarcado por lei. (MEIRELLES, 2008, p. 129).

Constata-se, portanto, na definição de poder regulamentar de Meirelles, que além das situações já compreendidas pelos demais autores citados, acrescenta a hipótese de admissibilidade dos decretos autônomos para demandas ainda não tratadas por lei, hipótese na qual será discutida no próximo capítulo.

A origem constitucional da competência do exercício do poder regulamentar é verificada no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal, a qual estabelece:

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; (BRASIL, 2016).

Conforme Gasparini, em ordenamentos alienígenas ao brasileiro, tal atribuição pode ser exercida por agentes diversos, o que não ocorre no sistema brasileiro, pois a constituição confere ao Presidente da República o seu exercício. Para o autor, em função do princípio da simetria que atua nas três esferas do Poder Executivo (União, Estado-Membro-Distrito Federal e Município), a competência regulamentar é também estendida aos Governadores e aos Prefeitos. É o que se pode constatar nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas que lhes conferem, de maneira expressa, tal competência. (GASPARINI, 2012, p. 172).

Conforme Mazza, diante da afirmação de que decretos e regulamentos são atos administrativos gerais e abstratos, ele esclarece que os atos classificados como gerais são aplicados uma quantidade indeterminada de destinatários. Já no tocante ao caráter abstrato, verifica-se pela possibilidade de incidência sobre quantidade indeterminada de fatos concretos, de forma a não se extinguir com a primeira utilização. Assinala, todavia, o autor, que há raras situações nas quais os atos regulamentares são gerais e concretos, como se constata com os regulamentos revogadores, criados com o fim específico de extinguir ato normativo editado anteriormente. Verifica-se, assim, ato geral e concreto, uma vez termina sua eficácia imediatamente após o cumprimento da atribuição de revogar o regulamento anterior. (MAZZA, 2016, p. 351).

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Ataliba que preleciona:

Genérico, porque regula um gênero de atos; abstrato, porque, quando editado, é presumido inspirado por considerações que transcendem necessariamente os casos individuais. Na sua edição, abstrai o editor qualquer pessoa particular, fixando-se na contemplação abstrata de um modelo ou padrão dos fatos suscetíveis de ocorrerem. (ATALIBA, 1980, p. 50).

Conforme Reale (1980: 12-14 apud DI PIETRO, 2014, 91-92) os atos normativos podem, ainda, ser classificados em originários e derivados. Os originários são os emanados de um órgão estatal em razão de própria atribuição, conferida de forma imediata e direta por meio da Carta Constitucional, a fim de criar regras que instituem direito novo; são os atos emanados do Poder Legislativo. Por outro lado, os atos normativos derivados objetivam a especificação de um conteúdo da norma já existente, tendo em vista a viabilidade de sua execução; sendo que, o ato normativo derivado, por excelência, denomina-se regulamento.

Indo ao encontro do que preceituam Reale e Di Pietro, Carvalho Filho elucida que o poder regulamentar é classificado como *derivado ou secundário*, ou seja, exerce-se apenas baseado em lei preexistente. Diferentemente, as leis formam os atos de *natureza originária* (ou *primária*), provindos diretamente da Constituição da República. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 59).

Importante salientar que, segundo Reale (1980, p. 12-14 apud DI PIETRO, 2014, 91-92):

Os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade.

Cumprido ressaltar, ainda, que somente é considerado o típico poder regulamentar aquele trabalho administrativo de complementação de leis ou atos similares a elas; depreende-se, daí, a natureza derivada do poder regulamentar. No entanto, há situações em que a Constituição outorga a determinados órgãos editarem atos que, da mesma forma que as leis, provêm diretamente da Constituição, tendo, portanto, natureza primária. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 59).

## 2.3 DIFERENÇAS ENTRE LEI E REGULAMENTO

É possível diferenciar uma lei de um regulamento por meio de algumas características como: origem, processo de elaboração, posição de supremacia da lei em relação ao regulamento (que não pode contrariá-la). Além disso, somente a lei inova originariamente no ordenamento jurídico, de forma a representar fonte primária do Direito. De natureza secundária e inferior, o regulamento é assim classificado, pois não altera a lei. (MARINELA, 2016, p. 275-276).

Conforme Mello, não há distinção entre a lei e o regulamento somente no que concerne à origem, aquela emanada pelo Poder Legislativo e este pelo Poder Executivo. Não é, também, somente a quanto a hierarquia, na qual há a supremacia da lei sobre o regulamento. Assim, o regulamento não pode opor-se a lei, sendo subordinado a ela, todavia essas distinções não são suficientes para delimitar a amplitude de ambos no Direito brasileiro. (MELLO, 2013, p. 348).

O poder regulamentar é implícito à lei e subentende a presença desta. Dessa forma a Magna Carta concede ao Chefe do Executivo a atribuição para expedir decretos e regulamentos a fim de viabilizar efetivamente a execução das leis nos termos do art. 84, IV. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 46).

A atividade normativa, de caráter predominante do Poder Legislativo, não somente a ele se limita, pois sobeja boa parcela ao Executivo, que possui a competência para expedir regulamentos, além de outros atos de caráter geral e efeitos externos. Desta forma, “o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei”. (MEIRELLES, 2013, p. 136-137).

Mello destaca que o regulamento é, no ordenamento jurídico brasileiro, ato geral e (em regra) abstrato, de atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo, “expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei” em que o emprego necessite da atividade da Administração Pública. (MELLO, 2013, p. 347).

Pode-se verificar que na definição de regulamento, encontramos antagonismos entre a apresentada por Meirelles, que aparenta apresentar maior amplitude definindo que “o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei” em detrimento da de Mello, na qual o regulamento é “expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei”.

É importante, também, trazer à baila, a definição de regulamento, no entendimento de Ataliba, que aduz, *in verbis*:

Regulamento é ato administrativo normativo, veiculado por decreto, expedido no exercício da função regulamentar, contendo disposições, dirigidas aos subordinados do editor, regulando (disciplinando) o modo de aplicação das leis administrativas, cuja execução lhe incumbe. (ATALIBA, 1980, p. 49-50).

Ataliba esclarece sua definição de regulamento em partes, explicado que: ato administrativo – é ato jurídico subordinado que versa sobre matéria do âmbito da administração pública (Executivo); normativo – regulamento é em regra genérico e abstrato; veiculado por decreto – competência regulamentar do chefe do Executivo exteriorizada por decreto (forma), sendo o regulamento o conteúdo (matéria); expedido no exercício da função regulamentar – competência prevista na constituição (prevista atualmente no art. 84, IV da Constituição); contendo disposições destinadas aos subordinados do editor – o editor, chefe do Poder Executivo, emite mandamentos a todos seus subordinados por meio do regulamento. Ataliba esclarece, no entanto, que os administrados não são subordinados ao chefe do Poder Executivo. Regulando o modo de aplicação das leis – O regulamento é ato subordinado à lei, não pode ampliar nem restringir sua matéria. Sua específica finalidade é expor o modo pelo qual os agentes administrativos cumprirão com fidelidade promover a efetiva aplicação, assegurando sua eficácia. Aplicação das leis administrativas – Somente as leis administrativas podem ser regulamentadas. Cujas execução incumbe ao Chefe do Executivo – Nem todas as leis administrativas cuja execução incumbe ao chefe do Executivo. (ATALIBA, 1980, p. 50-55).

Justen Filho leciona que regulamento é um ato administrativo unilateral, transportador de normas gerais e abstratas, que tem o fim de completar o que está disciplinado na norma legislativa. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 375).

No tocante às leis, quanto à origem, emanam-se de um órgão colegiado, em que estão agrupadas diversas linhas ideológicas, variados grupos políticos, diversas coletividades de interesses da vida social, opostamente ao que acontece com o regulamento, à disposição do arbítrio particular do governante. Importa ressaltar que o processo legislativo fornece um nível de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa, oportunizando aos administrados um conteúdo de garantia e proteção, diferentemente dos regulamentos, que são concebidos em gabinetes fechados, não dispendo de publicidade, sem

fiscalização ou controle da sociedade. Diante disso, resta clara a superioridade hierárquica da lei em relação regulamento. (MARINELA, 2016, p. 276).

## 2.4 TIPOS DE REGULAMENTO

Justen Filho distingue regulamento de decreto, ensinando que o regulamento é um conjunto de normas criadas administrativamente, já o decreto é o instrumento pelo qual o Chefe do Executivo manifesta, de forma escrita, sua vontade, nas situações previstas constitucionalmente. Acrescenta o autor que pode haver decreto sem regulamento, como é o caso do ato de aposentadoria de um servidor, formalizado mediante decreto, o qual não possui carga regulamentar. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 377).

Já Meirelles, aparentemente, não distingue a denominação regulamento da de decreto, definindo-os, em sentido próprio e estrito, como atos administrativos de atribuição exclusiva do Chefe do Executivo, com o fim de prover casos gerais ou individuais, abstratamente prognosticados de maneira expressa, explícita ou implícita, por meio da legislação. Normalmente, o decreto é normativo e geral, todavia pode ser específico ou individual. Como ato administrativo, o decreto é subordinado à da lei, não podendo contrariá-la. Já o decreto geral possui a mesma normatividade da lei, na condição de não ultrapassa o âmbito regulamentar do Executivo. (MEIRELLES, 2013, p. 189-190).

Em razão dessa disparidade de definições, alguns autores denominam de maneiras diferentes os tipos de regulamento, chamando-os de decreto. Para facilitar a compreensão do presente trabalho, utilizar-se-ão, como sinônimos, as denominações decretos e regulamentos.

A doutrina comparada admite duas modalidades de decretos (regulamentos): o independente ou autônomo e o regulamentar ou de execução.

### 2.4.1 Decreto regulamentar (regulamento de execução)

Segundo Di Pietro, regulamento de execução complementa a lei, ou, conforme artigo 84, IV, da Constituição Federal, compreende normas "para fiel execução da lei"; não podendo definir normas *contra legem* ou *ultra legem*. O regulamento de execução não pode inovar no ordenamento jurídico, a fim de criar direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, pois, conforme artigo 5º, II, da Constituição, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O regulamento de execução se limita a definir

normas sobre o modo como a lei será cumprida pela Administração. (DI PIETRO, 2014, p. 92).

Conforme Mello, o art. 84, IV, harmonizado com o art. 5º, II, ambos da Constituição da República, circunscrevem a Administração e seus órgãos e auxiliares personalizados, delimitando a compreensão da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo ao definir que compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Esta é a função regulamentar, que no ordenamento brasileiro, serve para produção destes atos normativos para “fiel execução” da lei. De acordo com o autor, só há espaço para os regulamentos em que a doutrina estrangeira denomina como “executivos”, cujo fim constitucionalmente previsto serve ao cumprimento de leis as quais necessitem de interferência de órgãos administrativos para sua aplicação. Cabe aos regulamentos, portanto, definir, de forma exaustiva, o modo exato da atuação administrativa. (MELLO, 2013, p. 349-356).

Apesar de Mello afirmar apenas a existência de regulamentos executivos, a doutrina compreende a existência dos decretos ditos autônomos, como será visto no próximo item e discutido com maior profundidade no próximo capítulo.

De acordo com Gasparini, o regulamento executivo (de execução ou subordinado), é o que organiza o desenvolvimento da lei, servindo para torná-la exequível, pormenorizando-a, respeitando sua generalidade e abstração ou no que se refere ao procedimento a ser verificado em sua aplicação. Assim, ao regulamento não cabe ultrapassar os limites da lei, sob risco de ilegalidade. (GASPARINI, 2012, p. 176).

Cumprido ressaltar que, consoante Meirelles, algumas as leis munidas da recomendação de serem regulamentadas não são executáveis previamente à edição do decreto regulamentar, pois esse ato é *conditio juris* da atividade normativa da lei. Nessa situação, o regulamento funciona como condição suspensiva da execução da lei, que não pode emanar seus efeitos até a expedição do ato do Poder Executivo. (MEIRELLES, 2013, p.136-138).

Considerando que os efeitos da lei restam pendentes, e que apenas quando é regulamentada se torna aplicável, o Poder Executivo deve regulamentar a lei no prazo que lhe foi estipulado. Trata-se de um poder-dever de ação, e não uma faculdade de regulamentar a lei, mas um dever a ser cumprido para possibilitar sua execução. Conforme o autor é inconstitucional a omissão ao regulamentar a lei, uma vez que, hipoteticamente, seria a mesma possibilidade de conferir ao Executivo o poder de legislar negativamente em contrário,

permitindo que sua omissão tivesse como resultado a suspensão da aplicação da lei, ofendendo a estrutura de Poderes da República. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 65).

Já quando a lei estipula o prazo para sua regulamentação, passado este sem a devida publicação do regulamento executivo, os destinatários da lei podem requerer seus mandamentos e alcançar todos os benefícios dela decorrentes, somente se possível a abstenção ao regulamento, uma vez que o Poder Executivo, ao se omitir, não poder ter como resultado a invalidação das previsões legais do Poder Legislativo. No entanto, se o regulamento for imprescindível à execução da lei, para fazer jus aos benefícios da lei, os destinatários desta poderão ajuizar mandado de injunção a fim de obter norma regulamentadora (CF, art. 5º, LXXI). (MEIRELLES, 2013, p.136-138).

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento de Carvalho Filho (2016, p. 65) que preconiza, *in verbis*:

Outra relação entre a lei e o poder regulamentar se encontra no mandado de injunção, instrumento especial criado pela Constituição de 1988 (art. 5º, LXXI). Tratando-se de poder, a atividade de regulamentação se configura também como dever. Desse modo, não pode a Administração eximir-se de desempenhá-la quando necessária à aplicação da lei. O vício aí consiste na ausência da norma regulamentadora. Inicialmente, depois de fundas divergências entre seus Ministros, o STF decidiu que, no mandado de injunção, lhe caberia apenas declarar a inércia do órgão ou agente incumbidos da regulamentação da norma, com a finalidade de permitir que o indivíduo pudesse exercer os direitos e liberdades constitucionais de que fosse titular. Posteriormente, a Corte admitiu a fixação de prazo para que o omissis fosse constituído em mora. Em processo evolutivo, a Corte tem admitido proceder à imediata regulamentação para o caso concreto, tornando mais eficaz o citado remédio constitucional. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 64).

Compreendidas as premissas para o regulamento executivo, passa-se para a próxima modalidade de regulamentos, os decretos autônomos.

#### **2.4.2 Decreto autônomo**

Os decretos autônomos ou independentes, perante a doutrina, trazem opiniões controversas quanto à sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, realizar-se-á um breve histórico dessa modalidade de regulamento e serão definidos, de maneira genérica, os ditos regulamentos autônomos, a fim de que sejam discutidas as posições doutrinárias no 3º capítulo.

Para Gasparini, no qual denomina os decretos autônomos por regulamentos autônomos ou independentes, são os atos produzidos por autoridade competente a fim de

tratar de assuntos reservados ao Poder Executivo pela Constituição. Trata-se de um resquício de Poder Legislativo que antes era concentrado nas mãos dos Chefes de Estado. (GASPARINI, 2010, p. 177)

Nesse sentido, pode-se verificar em “Leviatã”, de Hobbes, como o poder era concentrado de nas mãos do soberano, demonstrado pela afirmação “Lei, propriamente dita, é a palavra de quem, por Direito, tem o poder de mando sobre os demais.” (HOBBS, 2003, p. 137).

Os regulamentos autônomos ou independentes são de origem europeia, de países como Alemanha, França, Itália, Portugal, em que seus Textos Constitucionais delegavam a atribuição de determinadas matérias ao Legislativo, destinando, ainda, outras temáticas ao Executivo, a fim de que expedisse por meio de decreto. Em relação aos assuntos sujeitos à reserva de regulamento, era proibida edição de leis, fato que ensejava uma verdadeira limitação à atribuição legislativa dos parlamentos. (MAZZA, 2016, p. 352).

Verificou-se esse fenômeno no começo do declínio das Monarquias na Europa, cujo poder legislativo foi deslocado aos parlamentos, uma vez que se considerou que assuntos de administração pública não faziam parte da “matéria de lei”, mas, sim, eram objeto de atribuição exclusiva dos reis, ou seja, do próprio Executivo, mediante atos denominados “ordenanças”. Naquele período, o objeto da lei disciplinava sobre a liberdade e a propriedade das pessoas. Assim, cabia aos regulamentos dispor sobre assuntos estranhos à “reserva de lei”, ou seja, independentemente de norma legal, poderiam ser editados pelo Poder Executivo. Eram os regulamentos independentes ou autônomos, diferentemente dos regulamentos executivos, não observavam a lei e emanavam um poder autônomo do Executivo. Num primeiro momento esses regulamentos eram entendidos como poderes naturais do Executivo e, posteriormente, foram expressos constitucionalmente. O autor cita do regulamento autônomo na França, em que sua amplitude é a maior possível, o art. 34 da Constituição de 1958 diz que as situações que são “matéria de lei”, e no art. 37 manifesta que tudo aquilo que não fizer parte de matéria de lei será matéria de regulamento. (MELLO, 2013, p. 345-346).

Tais situações históricas, vinculadas ao fortalecimento dos parlamentos em prejuízo dos poderes do Rei, originaram a hodierna divisão de competências legiferantes entre o Poder Legislativo e a Administração Pública. (MAZZA, 2016, p. 352).

Cumprir esclarecer, no âmbito nacional, que na Constituição de 1967, admitia-se existência de regulamentos autônomos, pois se conferia ao Presidente da República atribuição para tratar da estruturação, competências e atividades dos órgãos da administração federal. A Constituição brasileira de 1988, todavia, posicionava-se diferentemente, conferindo atribuição

para tratar sobre a organização e o funcionamento da administração federal “na forma da lei”, aparentando suprimir a autonomia normativa do Presidente da República. Com a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou-se o art. 84, VI, da Constituição Federal, retirando a referida expressão, retornando-se ao sistema da Constituição pregressa, conferindo ao Presidente da República atribuição para tratar, por meio de decreto, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Consequentemente, apreciadores da admissibilidade dos regulamentos autônomos passaram intensificar seu posicionamento, com base no novo texto constitucional. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 64).

Verifica-se, portanto que os regulamentos autônomos, que ora faziam parte do ordenamento jurídico brasileiro e ora não, sumiram com a edição da Constituição da República, em 1988. Retornaram, porém, na proporção em que a Emenda Constitucional n. 32/2001 forneceu nova redação ao inc. VI do art. 84 da Magna Carta, acrescentando-lhe as alíneas a e b. (GASPARINI, 2012, p. 177).

Assim, com a Emenda Constitucional n. 32/01, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou, para muitos autores, uma nova espécie normativa primária, um decreto instituído sem a intermediação de lei, por isso independente (autônomo).

Importante ressaltar que o texto original da Constituição Federal de 1988 não estipulava reserva de regulamento. O art. 48 da Constituição era bastante claro ao preceituar: “Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União”. A Carta Constitucional não havia reservado matérias ao Poder Executivo para serem disciplinadas por decreto autônomo, uma vez que havia concedido ao Poder Legislativo a atribuição para versar sobre todas as matérias. Era prevista apenas edição de decretos executivos (art. 84, IV). Mesmo assim, autores como Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles, admitiam a hipótese de expedição de decretos independentes, somente na condição de expressa constitucionalmente. Visão que encontrou guarida em julgados do Supremo Tribunal Federal, em que a jurisprudência aceitava a admissibilidade dos decretos independentes. Por outro lado, havia doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro não identificavam na Constituição Federal, principalmente no tocante ao art. 48, amparo suficiente para tornar legítima a emissão de decretos independentes. (MAZZA, 2016, p. 352-353).

Conforme Justen Filho, em razão das alterações inseridas no ordenamento pela EC n. 32, modificou-se a matéria constitucional relativa à organização e funcionamento da administração federal, eliminando a antiga exigência de matéria legislativa específica. Foram

excluídos os incisos X e XI do art. 48 da CF/88, que estipulavam competência ao Congresso Nacional para dissertar sobre essas matérias. Em contrapartida, deu-se nova redação ao inciso VI do art. 84 da CF/88, conferindo ao Presidente da República disciplinar, através de decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, respeitados os limites da elevação de despesa e da criação ou extinção de órgãos públicos. Todavia é admitida a extinção de cargos vagos por meio de decreto. Com base nas premissas apresentadas, conclui-se que houve a eliminação da aplicação do princípio da legalidade<sup>1</sup> relativamente aos temas do art. 84, VI, da Constituição, orientação que tem sido acolhida pela doutrina. O autor salienta, no entanto, que tal novidade não pode ser interpretada com o entendimento de que haveria sido eliminado o princípio da legalidade ou a supremacia da lei. Não se concedeu atribuição ao Executivo para dissertar sobre todo e qualquer tema, nem se dispensou a utilização da lei como pressuposto do exercício do poder regulamentar. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 198-199).

Portanto, os regulamentos autônomos são atos primários, de competência do Poder Executivo, derivados diretamente da Constituição, são decretos que não decorrem de lei qualquer ou de outro ato infraconstitucional. Não se instaurou no ordenamento jurídico brasileiro uma autorização ampla e genérica para elaboração de decretos autônomos. O que ocorreu foi que matérias que versam sobre organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar aumento de despesa ou criação ou extinção de cargos públicos; ou, ainda, extinção cargos públicos, quando vagos, passaram à competência privativa do Presidente da República, sob a chamada “reserva de administração” (matérias que somente podem ser regulamentadas por ato administrativo). (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 230-231).

Nesse passo, merece ser trazido à baila o magistério de Di Pietro (2014, p. 92) que assevera “O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque

---

1 Cumpre elucidar que, Justen Filho, ao tratar do princípio da legalidade, entende que a expressão “reserva de lei” pode até ser usada, mas não é dotada de grande utilidade, pois, em tese, todas as matérias estão reservadas à lei, além disso, o Poder Executivo não pode contestar que o Poder Legislativo discipline alguns temas mediante lei. Assim, a Constituição Federal reserva todas as matérias (em regra) para dispor por lei. Embora Justen Filho prefira utilizar nomenclatura princípio da legalidade desconsiderando a denominação da reserva legal, para este trabalho, utilizar-se-ão como denominações distintas. Nesse sentido, é importante trazer à baila a distinção entre princípio da legalidade e o princípio da reserva de lei, conforme Silva (2005, p. 422): “O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. [...] Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal. [...] Tem-se, pois, reserva de lei, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinadas”.

estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia”.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Carvalho (2016, p. 118) que aduz, *in verbis*:

Regulamentos autônomos: são regulamentos que atuam substituindo a lei e têm o condão de inovar o ordenamento jurídico, determinando normas sobre matérias não disciplinadas em lei. São substitutos da lei e não facilitadores da lei, uma vez que são expedidos sem contemplar qualquer lei anterior.

Também por este prisma é o entendimento de Marinela (2016, p. 277), que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que “o regulamento autônomo, também denominado independente, tem o poder de inovar a ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei, não completando nem desenvolvendo nenhuma lei anterior”.

## 2.5 CONTROLE DE LEGALIDADE DOS DECRETOS REGULAMENTARES

Conforme Temer, o intuito do Poder Executivo, ao regulamentar uma lei, não é efetuar a sua interpretação, mas viabilizar sua aplicação, ou seja, tornando-a operativa. Desta forma, o conteúdo do regulamento é determinado pela lei e não pode ultrapassar seus limites, sob pena de ensejar em sua imediata ilegalidade. O regulamento não inova no ordenamento jurídico infraconstitucional, mas a lei sim. A lei é dependente da Constituição e nela localiza o seu fundamento de validade; o regulamento é dependente da lei e nela encontra seu fundamento de validade. (TEMER, 2008, p. 160-161).

Meirelles entende que o regulamento é ato inferior hierarquicamente à lei, não pode contrariá-la ou ultrapassar os seus limites. Caso o regulamento infrinja ou transborde do que estipula a lei, será é irritó e nulo, uma vez essa situação configura ilegalidade. (MEIRELLES, 2013, p. 191)

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Carvalho Filho (2016, p.62) que preleciona:

Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Também por este prisma é o entendimento de Mello (2013, p. 349), que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que:

Reforçando, ainda mais, as dicções mencionadas, o art. 37 estabelece, enfaticamente, que: “A Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade (...)” etc. Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado princípio da legalidade, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em consequência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei”.

Diante do exposto, convém ressaltar que conforme o artigo 49, inciso V, da Constituição Federal, compete exclusivamente ao do Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Deste modo, caso o poder regulamentar ultrapasse os limites da lei, caberá ao Congresso Nacional, de forma exclusiva, decretar a paralisação de seus efeitos, conforme estabelece o art. 49, V, da Constituição Federal. O regulamento se torna legítimo por meio de lei que almeja executar. Assim, caso a lei desapareça, o regulamento também desaparece. (GASPARINI, 2012, p. 176).

Por fim, cumpre ressaltar que a atividade normativa da Administração está submetida ao controle do próprio ente (decorrente do princípio da autotutela), do Poder Judiciário e também do Poder Legislativo, neste último caso, nos termos do art. 49, V da Constituição Federal. O Poder Judiciário necessita de provocação para poder exercer o controle de legalidade de todos os atos da Administração, alcançando, inclusive, os atos normativos. Ainda, decorrente do princípio da autotutela, a Administração Pública pode realizar o controle de seus atos, por meio de provocação ou de ofício. (CARVALHO, 2016, p. 120).

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de Meirelles (2013, p. 744) que assevera:

Controle de legalidade ou legitimidade - É o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só o atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado. Assim, para fins deste controle, consideram-se normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão

emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores. O controle de legalidade ou legitimidade tanto pode ser exercido pela Administração quanto pelo Legislativo ou pelo Judiciário, com a única diferença de que o Executivo exercita-o de ofício é mediante provocação recursal ou representação administrativa, ao passo que o Legislativo só o efetiva nos casos expressos na Constituição, e o Judiciário através de ação adequada. Por este controle o ato ilegal ou ilegítimo só pode ser anulado, e não revogado, como erroneamente se diz.

Importante salientar que, no tocante ao controle judicial, é necessário diferir a natureza da matéria presente no ato regulamentar. Caso seja ato regulamentar e ultrapasse os limites da lei (*contra legem*), há a viabilidade do controle de legalidade resultante do confronto do ato com a lei, embora tenha caráter normativo. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, caso a interpretação administrativa da lei que vier a materializar-se em regulamento executivo discorde do sentido e da matéria da norma legal, que o ato secundário tem a intenção de regulamentar, seja porque tenha este se projetado *ultra legem* ou permanecido *citra legem*, ou, ainda, porque tenha se dirigido *contra legem*, a questão sempre será caracterizada, neste caso, como típica crise de legalidade, mas não de inconstitucionalidade. Revela-se, portanto, inadequada, a utilização da ação direta de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, ainda que constem, no dispositivo, leis e atos normativos. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 63-64).

Conforme Bulos, não é viável propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face de decreto executivo. A situação na qual de um decreto restrinja uma norma legal configura decretação da sua ilegalidade, mas nunca da sua inconstitucionalidade. (BULOS, 2014, p. 262).

Nesse raciocínio, Barroso (2016, p. 220) preleciona, de modo esclarecedor, no sentido de que:

Atos administrativos normativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ele é que deverá ser objeto de impugnação.

A corroborar o exposto, colhe-se decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 4127 AgR, de 16/10/2014, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, no Tribunal Pleno, a qual negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade que possuía por objeto ato normativo de caráter secundário (regulamentar):

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 41.149/2008 DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRETENSÃO INCOMPATÍVEL COM A VIA DA AÇÃO DIRETA. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Vocacionada ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, a ação direta de inconstitucionalidade não constitui meio idôneo para impugnar a validade de ato regulamentar e secundário em face de legislação infraconstitucional. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (Grifo meu).

No mesmo sentido, colaciona-se o entendimento do Pretório Excelso, no julgamento da ADI 3074 AgR, cujo relator: foi o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014:

CONSTITUCIONAL. NATUREZA SECUNDÁRIA DE ATO NORMATIVO REGULAMENTAR. RESOLUÇÃO DO CONAMA. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não se admite a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar Resolução do CONAMA, ato normativo regulamentar e não autônomo, de natureza secundária. O parâmetro de análise dessa espécie de ato é a lei regulamentada e não a Constituição. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.

Ainda, também por esse prisma, merece ser trazido à baila o julgamento da ADI 4095 AgR, em que atuou como relatora a Ministra Rosa Weber, no Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, 2º E 3º DA RESOLUÇÃO Nº 102/2007 DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO DO ESTADO DO PARANÁ. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

Conclui-se que não é permitido ao regulamento contrariar a lei, ultrapassar seus limites ou tratar de matéria que não diga respeito ao texto regulamentado. Cabe-lhe apenas ficar delimitado aos limites da própria lei. Ocasional incompatibilidade entre o decreto executivo e a lei que o fundamenta situa-se no âmbito da legalidade, não representando

violação direta a normas da esfera constitucional, motivo pelo qual enseja inviável a análise abstrata de controle de constitucionalidade, cabendo, portanto, o controle de legalidade.

### **3 CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS QUANTO À (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE DECRETO AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Este capítulo trata de reflexões doutrinárias divididas em dois momentos e de considerações jurisprudenciais. Analisa-se, num primeiro momento, nas posições proeminentes da doutrina, separadas por autor, a possibilidade de se admitir os decretos autônomos no ordenamento jurídico nacional. Verifica-se, num segundo instante, a admissibilidade do controle de constitucionalidade em face dos decretos autônomos na ordem jurídica pátria. Por fim, examinam-se as ponderações da jurisprudência acerca admissibilidade do controle de constitucionalidade em face dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À ADMISSIBILIDADE DOS DECRETOS AUTÔNOMOS NO BRASIL**

Meirelles define regulamento como ato administrativo geral e normativo, emanado privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), por meio de decreto, a fim de clarificar a maneira e a forma de execução da lei (regulamento de execução) ou, ainda, “prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente)”. (MEIRELLES, 2013, p. 137).

Meirelles descreve que o decreto independente ou autônomo é aquele que aborda conteúdo não regulado especificamente em lei. Desta maneira, para o autor, a doutrina concorda com provimentos administrativos *praeter legem* de forma a preencher os espaços omissos deixados pelo legislador, na condição de não invadir a reserva legal. Conforme estipula o art. 84, VI, da Constituição Federal, atribui-se ao Presidente da República a competência para expedir decreto autônomo. O autor esclarece que os decretos autônomos ou independentes não sucedem, permanentemente, a lei, pois a suprem, diante de sua omissão, no que pode ser abarcado por meio de ato do Poder Executivo, até o momento em que haja previsão legal da matéria. Assim, sendo promulgada a lei, o decreto ficará obsoleto. (MEIRELLES, 2013, p. 190).

Conforme Meirelles, numa percepção ampla, compete à Administração completar, diante do poder de realizar gestão pública, ao qual é intrínseco o poder de regulamentar a lei,

com normas próprias, onde o Poder Legislativo se omite, desde que estejam no âmbito de competência do Poder Executivo. Então, cabe ao Chefe do Poder Executivo regulamentar, ao se deparar com as lacunas da lei e com as situações imprevisíveis surgidas, por meio de decreto, as normas legislativas que não estiverem completas, ou suprir situações não previstas pelo Poder Legislativo, mas que ocorrem na atividade administrativa. (MEIRELLES, 2013, p. 136).

Importante salientar que o Poder Executivo, ao editar um regulamento, seja autônomo ou de execução da lei, não deve adentrar às “reservas da lei”, que são as matérias que só podem ser disciplinadas por lei, as que atingem as garantias e os direitos individuais protegidos pela Constituição (art. 5º). (MEIRELLES, 2013, p. 136).

Meirelles destaca que a atividade normativa, ainda que seja atribuída maior competência ao Poder Legislativo, nele não se estanca, pois transborda uma parcela razoável ao Poder Executivo, a quem compete expedir regulamentos e outros atos de caráter geral e de efeitos externos. Desta forma, o regulamento complementa a lei onde não é reservado à lei. (MEIRELLES, 2013, p. 136).

Nas situações em que se o regulamento se destinar a suprir ocorrências não abarcadas pela lei (regulamento autônomo ou independente), deverá se circunscrever aos limites da atribuição do Poder Executivo, na condição de jamais invadir as reservas da lei, ou seja, prover a lei no âmbito do que é exclusivo à competência da norma emanada pelo Poder Legislativo (lei em sentido formal e material). Deste modo, o regulamento nunca instituirá ou majorará tributos, criará cargos, aumentará vencimentos, perdoará dívidas ativas, concederá isenções tributárias e o que vier a depender de lei. (MEIRELLES, 2013, p. 191-192).

Em síntese, depreende-se da análise de Meirelles que, a manifestação do Chefe do Poder Executivo, por meio de decreto autônomo, atua onde a lei se omite, suprimindo essa omissão até o momento em que o legislador complete essa lacuna da legislação. Enquanto o legislador não o fizer, estará vigente o regulamento independente, na condição de não invadir a reserva legal.

Os decretos autônomos ou independentes trazem opiniões controversas quanto à doutrina no tocante à sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplo de mais um desses posicionamentos, expõe-se, a partir de agora, o entendimento de Di Pietro (2012, p. 93):

Com a Emenda Constitucional n. 32, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre: (a)

organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos público;[...].

Di Pietro (2012, p. 93) ensina que com a mudança do texto do dispositivo da Constituição, “fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a”. Deste modo, a norma define um paralelismo com competências similares às do Senado (art. 52, XIII), da Câmara dos Deputados (art. 51, IV) e dos Tribunais (art. 96, I, b). A autora afirma que, excetuada a situação prevista no do artigo 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, “só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo”.

Há, nesse sentido, como exemplo recente, a expedição do Decreto n. 8.515, de 3 de setembro de 2015, pela Presidente da República, que sob o fundamento do art. 84, caput, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, “Delega competência ao Ministro de Estado da Defesa para a edição de atos relativos a pessoal militar”. Assim, o Decreto n. 8.515, de 3 de setembro de 2015, com base no citado ensinamento de Di Pietro, trata-se de um decreto autônomo.

Para fins de atualização, acrescenta-se que Decreto n. 8.798, de 4 de julho de 2016, editado pelo Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, sob o fundamento do art. 84, caput, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, revogou o Decreto n. 8.515, de 3 de setembro de 2015, passando a delegar “competência ao Ministro de Estado da Defesa e aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica para a edição de atos relativos a pessoal militar”.

No tocante à alínea “b”, inciso IV, do art. 84, a autora relata que não se trata de atividade regulamentar, mas sim de ato de efeitos concretos, uma vez que compete ao Presidente da República, apenas, extinguir cargos ou funções, quando vagos, não definindo normas sobre o assunto. (DI PIETRO, 2014, p. 93-94).

Portanto, Di Pietro admite o decreto autônomo exclusivamente para a hipótese prevista na alínea a, do inciso VI, do art. 84, da Lei Maior, ou seja, na “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos público”.

### 3.2 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À ADMISSIBILIDADE AOS DECRETOS AUTÔNOMOS NO BRASIL

Mello fundamenta seu posicionamento a partir do princípio da legalidade, o qual se opõe a quaisquer excessos dos governantes. O princípio da legalidade é um remédio para sanar o poder monocrático ou oligárquico, visto que se parte da compreensão de soberania popular, de forma a elevar a cidadania. A soberania popular afronta diretamente o poder no qual se tinha a relação soberano-súdito (submissão). (MELLO, 2013, p. 103).

Tal explicação vai ao encontro do princípio estampado no art. 1º, parágrafo único, da Constituição, prevê: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, assim, os cidadãos são os personagens que detêm o poder. Os governantes apenas representam a sociedade. O Poder Legislativo deve determinar, de maneira impessoal, perante a lei e em consonância com a Constituição, os interesses da sociedade e as maneiras de alcançá-los, restando ao Poder Executivo, cumprir as referidas leis, fornecendo-lhes a materialização necessária. Assim, conclui o autor que “no Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens”, e acrescenta “Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração, às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”. (MELLO, 2013, p. 103-104).

Mello explica que em alguns países europeus o Poder Executivo detém maior competência em relação à lei se comparado ao Brasil. Nesses países, o Poder Executivo pode expedir regulamentos executivos, que se prestam à simples execução da lei, além de outras modalidades de regulamento, que se adéquam a regular matérias que podem prescindir da lei, ou, ainda, derivam de delegações legislativas. (MELLO, 2013, p. 104-105).

No entanto, Mello afirma ser inocência e inconveniência caracterizar regulamento, no Direito brasileiro, buscando compará-lo ao do Direito estrangeiro ou dotando-lhe de capacidades normativas que lhe são concedidas em sistemas alienígenas, de forma que houvesse um acordo universal válido e preciso para os regulamentos. Mello critica o posicionamento quanto à admissibilidade dos decretos autônomos ao afirmar que seria “equivoco de imaginar que o art. 84, VI, da Constituição do país introduziu em nosso Direito os chamados “regulamentos independentes” ou “autônomos” encontradiços no Direito europeu”. (MELLO, 2013, p. 344).

Mello apresenta a hipótese prevista no art. 84, VI, I, “a”, da Constituição Federal, a qual se atribui ao Presidente da República dispor, por meio de decreto, sobre “organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem

criação ou extinção de órgãos públicos”. O autor explica que cabe ao Chefe do Poder Executivo, por exemplo, transferir departamento de um Ministério para outro Ministério ou para uma autarquia. É capaz, além disso, de rearranjar competências já existentes em um órgão, dando-a para outro, mas não podem ser todas as atribuições, pois se fosse dessa maneira, seria como se extinguisse o órgão em questão, situação proibida pela Constituição da República. Desta maneira, o regulamento mencionado no art. 84, VI, “a”, trata-se de simples atribuição para realização da organização interna dos órgãos já criados por lei. (MELLO, 2013, p. 346).

Já no que reserva o art. 84, VI, “b”, está contemplado um caso em que é permitido ao Poder Executivo expedir ato concreto de sentido contraposto a uma lei, pois se possibilita ao Presidente da República extinguir cargos vagos. Considerando que os cargos públicos foram criados por lei e extinto por decreto, conclui-se que apenas se desfez aquilo que a lei realizou. (MELLO, 2013, p. 347).

Assim, afirma-se que regulamento mencionado no art. 84, VI, é uma exceção, e que nessa situação o regime não se comporta da mesma maneira que a generalidade dos regulamentos. (MELLO, 2013, p. 347-348).

Deste modo, Mello ensina que “o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente de lei”. (MELLO, 2013, p. 351).

Nesse sentido, convêm ainda destacar que:

[...] administração é atividade subalterna à lei; que se subjeta inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro. (MELLO, 2013, p. 106).

Desta maneira, colhe-se do princípio da legalidade na ordem jurídica nacional que a Administração somente pode fazer o que a lei determina. (MELLO, 2013, p. 108).

Mello cita, no entanto, a possibilidade de supressão ao princípio da legalidade em situações previstas pela Constituição, permitindo ao Presidente da República que tome providências anômalas para confrontar as contingências excepcionais que se apresentam. É tão somente as situações das “medidas provisórias” (art. 62 e parágrafos), da decretação do “estado de defesa” (art. 136) e do “estado de sítio” (arts. 137 a 139). (MELLO, 2013, p. 108-109).

Em síntese, Mello discorda do entendimento no qual o art. 84, inciso VI, trate dos decretos autônomos. Para o autor, contrariamente aos regulamentos autônomos do direito

européu, no cenário do art. 84, inciso VI, alínea a, situação em que o Chefe do Executivo não pode criar ou extinguir órgãos, quando acarretar em aumento de despesas, uma vez que ao Presidente é conferido poderes muito delimitados, no que se refere à organização e funcionamento da Administração Pública Federal. Deste modo, o decreto previsto no art. 84, VI, “a”, se presta apenas a um arranjo interno preexistente dos órgãos, porquanto a lei já criou e atribuiu competências a esses mesmos órgãos. Já no que toca ao art. 84, inciso VI, alínea b, como se atribui ao Presidente da República a extinção de cargo público vago por meio de decreto e os cargos públicos são criados por lei, o decreto apenas desfaz o que a lei havia criado. (MELLO, 2010, p. 342-343).

De acordo com Carvalho Filho, é causa de grande divergência doutrinária a admissibilidade dos regulamentos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, se o Poder Executivo poderia emanar atos que tem o fim de suprir situações não apreciadas na lei. O autor menciona que um dos posicionamentos manifesta-se pela existência, no Direito brasileiro, em decorrência dos poderes implícitos da Administração. Já a outra corrente entende que, ainda que existam teoricamente, os regulamentos independentes não são admitidos na ordem jurídica nacional, sob o fundamento que na Constituição vigente, compete ao Chefe do Poder Executivo a atribuição de emanar atos para a fiel execução das leis, motivo pelo qual somente se admite os regulamentos executivos. Em relação ao tema, o autor fica com a segunda corrente, pois não consegue vislumbrar no atual Carta Constitucional fundamento para se editar de regulamentos autônomos. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 65).

O poder regulamentar é classificado como derivado (ou secundário), isto é, só pode ser exercido se houver uma lei anteriormente existente, pois lhe cabe somente complementar a lei ou atos similares a ela. Diferentemente, as leis são atos de natureza originária (primária), provém diretamente da Constituição. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 59).

Deste modo, concedeu-se ao Poder Executivo somente o poder regulamentar derivado, o qual necessita da edição de lei anteriormente já expedida, a fim de que se viabilize o concreto cumprimento da norma legislativa. Na Constituição de 1967, concedia-se ao Presidente da República atribuição para tratar sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal, mediante regulamentos autônomos. A Constituição de 1988, em sua origem previa a mesma competência ao Presidente da República, conferindo competência para dispor a respeito da organização e o funcionamento da administração federal “na forma da lei”, aparentemente suprimindo a autonomia normativa

que antes era atribuída ao Presidente da República. Com o advento da EC nº 32, de 11.9.2001, alterou-se o art. 84, VI, da Carta Magna, removeu-se a expressão “na forma da lei” e conferiu-se ao Presidente da República atribuição para dispor, por meio de decreto, acerca da “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. A partir disto, simpatizantes da admissibilidade decretos autônomos tiveram maior subsídio para fortalecer seu entendimento. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 65-67).

Apesar disso, Carvalho Filho entende não existir regulamentos autônomos no ordenamento pátrio. Fundamenta, primeiramente, que caso fosse permitido decreto autônomo, necessitar-se-ia que os atos pudessem criar e dissolver originariamente direitos e obrigações, ou seja, sem lei anterior que disciplinasse a matéria ou, ainda, preenchendo a lacunas legislativas. Em segundo lugar, inexistente o regulamento autônomo pelo fato de se opor ao que prevê o art. 5º, II, da Constituição Federal, que exige observância à reserva legal para que se possam compeli obrigações. Um terceiro ponto é que a Constituição deveria apresentar claramente, de maneira incontestável ser viável juridicamente a edição de regulamentos autônomos pelo Poder Executivo, como já ocorreu, ao se conferir ao Presidente da República o poder constitucionalmente estabelecido para legislar mediante medidas provisórias (art. 62, Constituição Federal). Neste caso, o poder de legislar ocorre de maneira originária, sendo de fato atos legislativos, ou seja, não são regulamentares. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 65-67).

Carvalho Filho preceitua, ainda, que embora os atos de organização e funcionamento da Administração Federal possuam conteúdo normativo, tratam-se na realidade de simples atos ordinatórios, isto é, organizam internamente a Administração, dispondo a respeito de seus próprios serviços e órgãos. Deste modo, afetam apenas de maneira reflexa o campo jurídico de terceiros, que se realizam por meio de prescrição derivadas, jamais de natureza originária. Acrescenta o autor que existem diversos outros atos que tratam da organização administrativa: avisos ministeriais, resoluções, provimentos, portarias, instruções, ordens de serviço. O que distingue é tão somente a hierarquia do agente administrativo encarregado pela emissão do ato e, também, da amplitude da sua matéria. Constatase que a matéria organizacional é a mesma, logo não enseja a conversão de tais atos em decretos ou regulamentos autônomos. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 65-67).

Para Gasparini, o ordenamento jurídico brasileiro apenas reconhece o regulamento de execução, que se destina à fiel execução da lei, conforme inciso IV do art. 84 da Constituição da República. O autor acrescenta que, conforme preceitua o inciso II do art. 5º da Carta, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

lei” Conclui-se, que o regulamento não é lei formal, não lhe cabe inovar no ordenamento jurídico, contrariamente ao papel dos regulamentos autônomos, que inovam. O autor afirma que não se admite o regulamento autônomo ou independente no ordenamento pátrio, pois se atribui ao Congresso Nacional, consoante art. 48 da Constituição, tratar sobre todas as matérias de incumbência da União. (GASPARINI, 2012, p. 175).

Gasparini, no entanto, cita que com a nova redação ao inc. VI do art. 84 da Constituição, advinda da Emenda Constitucional n. 32, foram acrescentadas as alíneas a e b, e de acordo com alguns autores, como Di Pietro, admitem decreto autônomo na situação prevista no inc. VI do art. 84 da Constituição Federal. (GASPARINI, 2012, p. 177).

### 3.3 A (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS AUTÔNOMOS

Moraes ensina que é de atribuição do Supremo Tribunal Federal “processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Deste modo, visa-se, com uma ação direta de inconstitucionalidade, a invalidação da lei, que deve ser analisada em tese, pois não há uma situação concreta a ser solucionada. Declarar a inconstitucionalidade é o principal objeto da ação, distintamente do que ocorre no controle difuso. (MORAES, 2012, p. 761).

Acerca do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, importante ressaltar o entendimento de Bulos (2012, p. 763-764) acerca do tema:

Não estão sujeitos à incidência ao controle de constitucionalidade concentrado as leis e os atos estatais de efeitos concretos, por ausência de densidade jurídico-material (STF, RTJ, 154:432). É a falta de densidade jurídico-material que retira a imperatividade, a generalidade e a abstração da norma jurídica. Interessante observar que as leis e atos de efeitos concretos se apresentam numa roupagem de norma jurídica, com objeto e destinatários especificados. Não passam, porém, de medidas materialmente administrativas, despojadas de conteúdo normativo. E, como meras providências de índole político-administrativa, não são atos formalmente legislativos, trazendo a marca da generalidade. Numa palavra, não consignam fontes primárias do Direito, embora possam até se apresentar como tais. Como só se consideram objeto idôneo do controle concentrado normas jurídicas, automaticamente as leis e os atos estatais de efeitos concretos não comportam ação direta genérica. (grifo nosso).

Importante destacar, na decisão e Supremo Tribunal Federal da ADI n. 4.015 - MC / PA, julgada em 16/04/2008, o trecho extraído do voto do relator Ministro Celso de Mello:

Conceito de ato normativo, tal como delineado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 143/510, Rel. Min. CELSO DE MELLO), cuja orientação reconhece que a noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Todos esses elementos - autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade - qualificam-se como requisitos essenciais que conferem ao ato estatal a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais.

Conforme Mendes, a ação direta é o meio pelo qual se realiza o controle de constitucionalidade das normas jurídicas em abstrato, não cabendo a ela o controle de atos administrativos cujo objeto é determinado e os destinatários são definidos, mesmo que esses atos sejam elaborados sob a forma de lei – leis meramente formais, pois possuem a forma de lei, no entanto seu conteúdo não trata de normas que disciplinam relações *in abstracto*. No mesmo sentido, ainda, tem-se que os atos estatais cujos efeitos são concretos, posto que vestidos em texto de lei formal, não são admitidos como foco de ação direta no âmbito da jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a ausência de densidade normativa na matéria do preceito legal questionado inabilita-o para o controle normativo abstrato de constitucionalidade. (MENDES, 2016, p. 1201).

Ainda, a respeito do tema, Barroso (2016, p. 210-211) assenta que:

Os atos impugnáveis mediante ação direta de inconstitucionalidade são a lei e o ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a). A jurisprudência do STF vinha seguindo uma linha restritiva, exigindo que a norma impugnada em ação direta fosse dotada dos atributos de generalidade e abstração. Isso para excluir a apreciação de atos que, a despeito da roupagem formal de lei, veiculariam medidas materialmente administrativas, com objeto determinado e destinatários certos. Era enquadrado nessa categoria, e.g., o dispositivo de lei orçamentária que fixa determinada dotação ou o ato legislativo que veicule a doação de um bem público a uma entidade privada ou que suste uma licitação.

Nesse mesmo sentido, importante elucidar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2630 AgR, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014:

O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do

direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Precedentes. (grifo nosso).

Verifica-se, portanto, que para haver o controle concentrado de constitucionalidade, a lei ou ato normativo deve comportar densidade normativa, ou seja, generalidade, abstração, autonomia e impessoalidade. Contrariamente, as leis e atos de efeitos concretos são despídos de normatividade, cujo objeto e destinatários são especificados. São leis formais, no entanto, seu conteúdo é materialmente administrativo.

Conforme Lenza, em regra geral, os regulamentos ou decretos regulamentares emanados pelo Executivo (art. 84, IV, da CF) e outros atos normativos secundários não poderiam ser matéria de controle concentrado de constitucionalidade, pois estes atos não estão dispõem de autonomia jurídica para serem classificados como atos normativos que possam ser submetidos ao controle, assim, nem se conhece a ação. Qualifica-se como questão de legalidade, pois os atos são ilegais, mas não inconstitucionais. É o que o Supremo Tribunal Federal chamou de crise de legalidade, ao qual se manifestou pela “inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapando das balizas previstas na Constituição Federal”. Como o objeto não se trata de ato normativo primário, validado imediatamente pela Constituição, mas ato secundário, com fundamento na lei, não admitindo o controle de inconstitucionalidade indireta, reflexa ou oblíqua. (LENZA, 2015, p. 351).

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de Vasconcelos (2016, p. 406-407), que assevera:

É sabido que o poder regulamentar é aquele atribuído aos chefes do Executivo para editar decretos e regulamentos com escopo de oferecer a melhor execução à lei (art. 84, IV). Os decretos de execução visam garantir a fiel execução de lei ou de ato normativo já editado. Na hipótese de o presidente inovar na matéria da lei, extrapolando seus limites, haverá uma ilegalidade, e, por via reflexa, uma inconstitucionalidade, pois se desrespeitou o princípio da compatibilidade vertical das normas. Tal decreto não poderá ser objeto de ADIn, pois, apesar de ser ato normativo federal geral e abstrato, não é autônomo; trata-se de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, e o controle via ação visa a inconstitucionalidade direta. No entanto, diante da legalidade, o ato poderá ser revisto judicialmente, ou, nos termos do art. 49, V, da CF, ser sustado pelo Congresso Nacional.

Também por este prisma é o entendimento de Moraes (2012, p. 771-772), que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que:

Assim, decreto executivo que, editado para regulamentar a lei, venha a divergir de seu sentido ou conteúdo, extravasando a previsão do art. 84, IV, da Constituição Federal (insubordinação executiva), não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que essa violação, reflexa e indiretamente, atinja o texto constitucional, pois o regulamento contrário à lei é ilegal. [...] Da mesma forma, em todas as hipóteses em que a edição de atos normativos secundários, em função das leis que pretendem regulamentar, apresentarem vícios jurídicos, por desrespeito à subordinação normativa à lei, não caberá ação direta de inconstitucionalidade, devendo o problema ser solucionado pela supremacia da aplicação da lei.

Conforme já explicado anteriormente, o decreto autônomo dispõe acerca de matéria ainda não tratada pelo legislador. Possui o fim de suprir a lacuna deixada pelo Legislativo, a fim de atender ao interesse da sociedade. Bulos entende que não há espaço no ordenamento jurídico pátrio deste tipo de decreto, pois o art. 84, IV, da Lei Maior, não o acolhe. No entanto, na prática, verifica-se com boa regularidade, transbordando ao que a Constituição Federal prevê. (BULOS, 2014, p. 261).

Cumpre ressaltar, conforme ensina Vasconcelos (2016, p. 406-407), que aduz, *in verbis*:

Os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei, e sim suprema ausência dela naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até a edição de lei que disponha a respeito; isto significa dizer que promulgada a lei resta superado o decreto. Até o advento da Emenda Constitucional n. 32/2001, a posição majoritária não aceitava a existência de decretos autônomos, mas, com a nova redação, afigura-se ao chefe do Executivo a possibilidade de expedir decretos sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (alínea a); ou ainda, por meio deles, decretar extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (alínea b). Portanto, é perfeitamente possível o decreto autônomo ser objeto de ADIn quando violar diretamente a Constituição [...].

No entender de Mendes, é viável impugnação de leis ou atos normativos federais ou estaduais por ação direta de inconstitucionalidade, segundo prevê o art. 102, I, a, primeira parte, da Constituição. Assim, o constituinte utilizou-se de manifestação que aparentemente abrange todos dos atos normativos originários (primários) da União ou dos Estados (Constituição Federal, art. 102, I, a). (MENDES, 2016, p. 1195).

Assim, Mendes (2016, p. 1199) entende passível de ser objetos de ação direta de inconstitucionalidade:

[...]atos do Poder Executivo com força normativa, como os pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República (Dec. n. 92.889, de 7-7-1986) ou Decreto que assumam perfil autônomo ou exorbite flagrantemente do âmbito do Poder Regulamentar. Observe-se que, se o

decreto tiver natureza secundária, o controle da constitucionalidade, em abstrato, é inviável.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento Barroso (2016, p. 217), que preleciona:

[...] os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando com força de lei. Neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal. Situam-se nessa rubrica os regimentos internos e atos normativos elaborados pelos Tribunais, inclusive os de Contas.

Desta forma, existe a viabilidade de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade, diante do Supremo Tribunal Federal, das leis e atos normativos dotados de caráter autônomo, afrontando diretamente a Constituição da República. Assim, apenas as normas de natureza primária podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, 847).

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal admite, de forma excepcional, ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto decreto, que, em sua totalidade ou parcela, não regulamenta lei, exteriorizando-se, desse modo, como decreto autônomo. Nessa situação, ter-se-á a viabilidade de análise de compatibilidade direta com a Constituição, a fim de se verificar-se o respeito ao princípio da reserva legal. (MORAES, 2012, p. 771-772).

Nesse mesmo viés, insta transcrever o entendimento de Barroso (2016, p. 217), que preleciona:

É admissível ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta a lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja examinado diretamente em face da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal.

Com efeito, Moraes (2012, p. 771-772) conclui que:

Assim, 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 somente no âmbito legal, não possibilitando o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade.

Caso o Presidente da República edite um decreto autônomo, a fim de disciplinar de maneira indevida conteúdo reservado à lei, existe a possibilidade de impugnação desse decreto por meio de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, considerando tratar-se, de fato, de norma materialmente primária. Acrescenta-se que em razão desse requisito, - obrigatoriedade de desobediência imediata à Constituição -, tem-se que: em toda situação em que se necessite verificar a constitucionalidade da norma, objeto da impugnação, caso seja necessária sua confrontação com normas infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal não admitirá. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, 847).

Por fim, merece ser trazido à baila o entendimento do doutrinador Carvalho Filho (2016, p. 63), o qual menciona que:

Se o ato regulamentar, todavia, ofender diretamente a Constituição, sem que haja lei a que deva subordinar-se, terá a qualificação de ato autônomo e, nessa hipótese, poderá sofrer controle de constitucionalidade pela via direta, ou seja, através da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF), medida que permite a impugnação de leis ou atos normativos que contrariem a Constituição. Sendo assim, para que seja viável o controle de constitucionalidade de decreto, regulamento ou outro tipo de ato administrativo de cunho normativo editado pelo Executivo (o que, na verdade, não seria propriamente forma de exercício do poder regulamentar), dois serão os aspectos de que deva revestir-se o ato: além de normativo (como o exige a Constituição), deverá ele ser autônomo.

Deste modo, verifica-se que a doutrina é convergente quanto à admissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade em razão da edição de decretos autônomos (normas materialmente primárias), quando no todo ou em parte, manifestamente não regulamentam a lei, invadindo a reserva legal. Além disso, o decreto autônomo deve ser dotado de um coeficiente de normatividade, tendo como características generalidade, abstração, autonomia e impessoalidade, ou seja, dotado de características de lei.

### 3.4 CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Haja vista que o trabalho tem como fim analisar a (in)admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em razão de decretos autônomos (verificando também sua (in)admissibilidade), a pesquisa jurisprudencial está circunscrita às manifestações do Supremo Tribunal Federal.

### 3.4.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Conforme visto até então, malgrado haja divergência doutrinária quanto à admissibilidade dos decretos autônomos (ou independentes) no ordenamento jurídico brasileiro, existe convergência no sentido da admissibilidade do controle de constitucionalidade em face desses atos normativos de natureza primária, dotados de um coeficiente de normatividade, tendo como características generalidade, abstração, autonomia e impessoalidade. Essa afluência é mais latente quando se verifica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como se pode verificar nos acórdãos abaixo elencados.

Cumprе ressaltar o acórdão da ADI n. 2564, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2003. Trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do Decreto n. 4.010, de 12 de novembro de 2001. O autor da ação questionava a constitucionalidade da vinculação da liberação de recursos para pagamento dos servidores públicos da Administração Federal à expressa autorização do Presidente da República, pois tal ato normativo privou os Ministros de Estado, em suas áreas de competência, do poder de orientação, coordenação e supervisão, fundamentados no art. 87 da Constituição Federal. Verificou-se que não houve de ofensa ao princípio da reserva legal, e considerando-se a nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional nº 32/01, a qual permite, de maneira expressa, ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, alegou-se que exceções que não se aplicam ao Decreto atacado. Desta forma a ação direta de inconstitucionalidade teve seu pedido julgado improcedente.

Importante elucidar a decisão do Pretório Excelso na ADI n. 3232, relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008, a qual declarou inconstitucional a criação de cargos públicos por meio de decreto, situação que enseja aumento de despesa, sendo incompatível com art. 84, VI, “a”:

EMENTAS: 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 nº 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 execução.

Nesse diapasão, impende destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3664 do Rio de Janeiro/RJ, Relator Ministro Cezar Peluso, no Tribunal Pleno, julgada em 01/06/2011:

1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. [...] (grifo nosso).

Verificou-se, no voto do Ministro Peluso, que o decreto ora impugnado dispõe indiscutível natureza jurídica de decreto independente, uma vez que “não regulamenta nenhum ato normativo”. Além disso, dispõe de “autonomia, generalidade e abstração”, comportando assim impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda, no mesmo sentido, convém elucidar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4152 de São Paulo/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, no Tribunal Pleno, julgada em 01/06/2011:

1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.

Apresenta-se um caso de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face de decreto autônomo, ocorrida anteriormente à EC 32/2001, assim, recorreu-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, relativa à ADI n. 708 do Distrito Federal, na qual foi relator o Ministro Moreira Alves, julgada em 22/05/1992:

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 legal. (grifo nosso).

Percebe-se que a Suprema Corte, antes mesmo da EC n. 32, já vinha admitindo o decreto autônomo, bem como sua admissibilidade perante controle concentrado de constitucionalidade.

A corroborar com o exposto acima, verifica-se na ADI n. 1435 MC, relator Ministro. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/1996, o mesmo entendimento:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO. **DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO.** OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA CF/88. LIMINAR DEFERIDA. A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. 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 a exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto. Pela ótica da maioria, concorre, por igual, o requisito do perigo na demora. Medida liminar deferida. (grifo nosso).

O que é peculiar, neste caso, é a menção do relator Francisco Rezek, que profere: “o ato normativo impugnado nesta ação pretende, na verdade, substituir a lei e, em lugar dela, regulamentar diretamente a Constituição, ferindo o princípio da reserva legal”.

Cumprido ressaltar a decisão do Pretório Excelso na ADI n. 4095 AgR, relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014:

EMENTA AGRADO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, 2º E 3º DA RESOLUÇÃO Nº 102/2007 DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO DO ESTADO DO PARANÁ. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. **NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE.** 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, importante elucidar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3074 AgR, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014:

Ementa: CONSTITUCIONAL. NATUREZA SECUNDÁRIA DE ATO NORMATIVO REGULAMENTAR. RESOLUÇÃO DO CONAMA. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não se admite a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar Resolução do CONAMA, ato normativo regulamentar e não autônomo, de natureza secundária. O parâmetro de análise dessa espécie de ato é a lei regulamentada e não a Constituição. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso).

Em ambas as situações apresentadas, quando o decreto ou ato normativo não for autônomo, tendo natureza secundária (derivada), sua questão será sanada no âmbito do controle de legalidade e não por meio de controle concentrado de constitucionalidade. O ato de natureza secundária está abaixo da lei, motivo pelo qual não resulta no conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Por este motivo deve ser confrontado com a lei e não com a Constituição.

Depois de realizada verificação dos julgados, destacam-se alguns pontos comuns identificados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da análise de viabilidade do controle concentrado de constitucionalidade em razão dos decretos autônomos:

- O decreto autônomo não se limita a regulamentar lei, inova no ordenamento jurídico e é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.
- Quando decreto autônomo for nulo, o será não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, visto que supre a lacuna da lei onde a Constituição a exige.
- Não é admissível a propor ação direta de inconstitucionalidade para impugnar ato regulamentar e não autônomo, de natureza derivada (secundária).
- Apenas os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos podem ser submetidos ao controle abstrato de constitucionalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou verificar se a admissibilidade dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade em face dessa modalidade de decreto.

Com este fim, o primeiro capítulo tratou da compreensão dos fundamentos e do conceito do que vem a ser controle de constitucionalidade. Inicialmente foram apresentadas duas premissas para compreensão do controle de constitucionalidade, a supremacia hierárquica da Constituição e a rigidez constitucional que visam manter a ordem e a estabilidade do sistema. Explicou-se, também, que as normas devem conviver de maneira harmoniosa. Para que isso aconteça, o controle de constitucionalidade verifica se as leis ou atos normativos se adéquam a Carta Política, caso isso não ocorra, tais normas devem ser expurgadas do sistema pelo controle de constitucionalidade, garantindo, desta forma, a estabilidade e a supremacia do Texto Magno.

Elucidaram-se as modalidades de inconstitucionalidade: formal (descumprimento de formalidades constitucionais na elaboração da norma) e material (inadequação do conteúdo da norma perante a Lei Maior); por ação (elaboração de atos legislativos ou administrativos que contrariem as normas e os princípios constitucionais) e por omissão (ocorre quando providências do executivo ou do legislativo deixam de ser prestadas, como de regular uma norma, por exemplo); total e parcial (referem-se, em síntese, à extensão da contrariedade da norma impugnada com a Constituição).

Por fim, explicitaram-se as modalidades do controle de constitucionalidade. Destacou-se que o Brasil utiliza um controle de constitucionalidade misto (difuso e concentrado), de forma que o sistema de controle de constitucionalidade pátrio tenha características dos dois sistemas, competindo tanto ao Supremo Tribunal Federal como aos juízes e tribunais o controle de leis ou atos normativos. Demonstrou-se que, na esfera do controle concentrado, há um processo objetivo do controle da lei em tese (em abstrato) e que questões concretas estão conectadas ao controle difuso. Explanou-se que compete, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, realizar o controle concentrado das normas federais, estaduais e distritais por violação direta à Constituição Federal. Explicou-se que a lei ou ato normativo são objeto do controle concentrado de constitucionalidade. Salientou-se, no entanto, que não pode ser qualquer lei ou ato, pois, para que exista a possibilidade de se propor de ação direta de inconstitucionalidade, as leis e atos normativos devem possuir determinadas características. A lei qualifica-se como um ato normativo típico; deste modo, o

ato normativo deve reunir, de forma cumulativa, abstração, generalidade e autonomia, ou seja, densidade normativa. A generalidade trata-se de um ato a comum a todos. Abstração é a característica do ato que não se relaciona a um caso concreto. Autonomia é quando a análise de compatibilidade do ato realiza-se diretamente com a Constituição. Destacou-se o papel do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade atuando somente como legislador negativo, ou seja, apenas retém a eficácia da norma, não inovando no ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, abordou-se o poder regulamentar, que adveio do princípio da separação de poderes. Explicou-se que o Poder Legislativo, na incumbência de legislar, pode criar leis impossibilitadas de execução. O Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, detém a competência para editar atos normativos denominados regulamentos. Elucidou-se que os regulamentos são normas gerais, abstratos e com eficácia *erga omnes*. Além disso, que os regulamentos são atos administrativos normativos, cujo fim é melhor explicar a lei para ensejar a sua fiel execução. Explicou-se que a competência do poder regulamentar é, conforme art. 84, IV, do Presidente da República, mas em razão do princípio da simetria, estende-se aos Governadores e Prefeitos.

Salientou-se, ainda, que somente a lei pode inovar no ordenamento jurídico e que a lei está em posição superior ao regulamento, que a lei tem natureza primária, originária, pois provem diretamente da Lei Maior. Foi dito, por outro lado, que os regulamentos, não têm o condão de inovar no ordenamento jurídico, nem de alterar a lei ou opor-se a ela, por isso é de natureza secundária ou derivada.

Definiu-se o regulamento de execução se presta para propiciar a fiel execução da lei, não inovando no ordenamento jurídico, ou seja, sem criar direitos, obrigações, proibições e punições, uma vez que, conforme o art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer em virtude de lei”.

Esclareceu-se que os decretos autônomos trazem opiniões controversas quanto a sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. No tocante às origens deste instituto nos sistemas europeus, relatou-se que, ao longo da história, foi transferido poder do rei ao parlamento, restando ao rei matérias não reservadas à lei, mas atinentes à administração pública, fato que ensejou a atual divisão de competências do Poder Executivo e Poder Legislativo. Além disso, explicou-se que os decretos autônomos ora faziam parte do ordenamento jurídico brasileiro e ora não, que também não foram contemplados originariamente na Constituição de 1988, mas a partir da EC n. 32/2001, para muitos autores, passaram a compor uma nova espécie normativa primária, uma vez que eram editados sem a

intermediação de lei, sendo, por isso, independentes (autônomos). A EC n. 32/2001 forneceu nova redação ao inciso VI do art. 84 da Magna Carta, acrescentou-lhe as alíneas a e b, atribuindo ao Presidente da República dispor mediante decreto acerca da “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e da “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

No âmbito dos regulamentos executivos, concluiu-se que lhe é vedado ao opor-se, ultrapassar ou restringir limites da lei. Cabe-lhe apenas circunscrever-se aos limites da própria lei. Ocasional incompatibilidade entre o decreto executivo e a lei que o fundamenta encontra-se no domínio da legalidade, não representando violação direta a normas da esfera constitucional, motivo pelo qual enseja inviável a análise abstrata de controle de constitucionalidade, cabendo, portanto, o controle de legalidade.

O terceiro capítulo tratou das reflexões doutrinárias divididas em dois momentos e das considerações jurisprudenciais. Analisou-se, primeiramente, nas posições proeminentes da doutrina, separadas por autor, a possibilidade de se admitir os decretos autônomos no ordenamento jurídico nacional. Verificou-se, num segundo momento, a admissibilidade do controle de constitucionalidade em face dos decretos autônomos na ordem jurídica pátria. Por fim, examinaram-se as ponderações da jurisprudência acerca admissibilidade do controle de constitucionalidade em face dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro.

Expuseram-se os posicionamentos adotados pela doutrina, destacando-se os seguintes:

Verificou-se, em Meirelles, a posição mais ampla quanto à admissibilidade dos decretos autônomos. Para o autor decreto autônomo é um ato administrativo geral e normativo que aborda conteúdo não regulado especificamente em lei, serve para preencher as lacunas deixadas pelo legislador, desde que não invada a reserva legal, ou seja, não aborda matérias que atinjam as garantias e os direitos individuais. Os decretos suprem os vazios, mas não de maneira definitiva, apenas enquanto não houver previsão legal. O regulamento complementa a lei onde não se é reservado à lei.

Constatou-se que, em Di Pietro, com a EC 32/2001, restabeleceu-se, limitadamente, o regulamento autônomo, para a hipótese específica inserida na alínea “a”. No tocante à alínea “b”, inc. VI, art. 84, não se trata de regulamento, mas de ato de efeitos concretos, pois serve para extinção de cargos sem definir normas sobre o assunto.

Concluiu-se, no posicionamento de Mello, em apertada síntese, ele não admite os decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro e que as hipóteses previstas no art. 84,

VI, alíneas a e b. O autor refuta a hipótese da alínea a, que por apenas tratar de reorganização interna da administração pública, não seria propriamente decreto autônomo. No caso da alínea “b”, o autor manifesta que por se tratar de extinção de cargos, o decreto apenas desfaz aquilo que a lei fez. Argumentou-se que o regulamento é um ato inferior e dependente de lei e, que pelo princípio da legalidade o regulamento só pode fazer o que a lei determina.

No posicionamento de Carvalho Filho, verificou-se que ele entende não existir decretos autônomos no ordenamento pátrio, para que existisse necessitaria que tais atos normativos pudessem criar ou extinguir direitos e obrigações. Além disso, opõe-se frontalmente ao art. 5º, II, da Constituição, que exige atenção à reserva legal para estipular obrigações e, por fim, não se verifica explicitamente a previsão de expedição de decretos autônomos pelo Presidente da República.

Para Gasparini, não é admissível o decreto autônomo, pois se atribui ao Congresso Nacional para tratar de todas as matérias de competência da União. No entanto, cita que Di Pietro admite na hipótese do art. 84, II, a da Constituição Federal.

Diante dos posicionamentos doutrinários, partilha-se da compreensão que os decretos autônomos são admissíveis no ordenamento jurídico pátrio, exclusivamente, hipóteses previstas no art. 84, VI, alíneas a e b. Situação na qual não ensejará a invasão à reserva legal, preservando, assim, o princípio da legalidade. Não se partilha, também, do entendimento que caberia aos decretos autônomos suprir as lacunas deixadas pelo legislador, desde que não invadam a reserva legal, pois o art. 84, IV prevê que cabe ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a “fiel execução da lei”. Não há previsão constitucional para os decretos suprirem os vazios que legislativo deixou. Há, no entanto, na via difusa, o mandado de injunção que, segundo (Mendes, 2008, p. 4-5), é cabível diante ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e dos direitos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania e, além disso, há a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Existe, também, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão que é, conforme Mendes (2008, p. 7-8), o mecanismo que visa aferir a inconstitucionalidade proveniente da omissão dos órgãos competentes na materialização de determinada norma constitucional, essa ação visa atacar a omissão que, de algum modo, afete a efetividade da Constituição. No tocante aos referidos órgãos omissos, explicou-se podem federais ou estaduais e que a sua atividade pode estar na esfera legislativa ou administrativa.

Concluiu-se, pelas considerações doutrinárias no tocante à admissibilidade dos decretos autônomos perante o controle concentrado de constitucionalidade, para que a lei ou

ato normativo a ele sejam submetidos, devem comportar densidade normativa, ou seja, generalidade, abstração, autonomia e impessoalidade. Contrariamente, as leis e atos de efeitos concretos são despídos de normatividade, cujo objeto e destinatários são especificados. São leis formais, no entanto, seu conteúdo é materialmente administrativo.

Verificou-se, assim que a doutrina é convergente quanto à admissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade em razão da edição de decretos autônomos (normas materialmente primárias), quando no todo ou em parte, manifestamente não regulamentam a lei, invadindo a reserva legal. Constatou-se que, além disso, o decreto autônomo deve ser dotado de um coeficiente de normatividade, tendo como características generalidade, abstração, autonomia e impessoalidade, ou seja, dotado de características de lei.

No que concerne à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constatou-se que os decretos autônomos são admissíveis perante o sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Foram colhidos alguns pontos identificados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da análise de viabilidade do controle concentrado de constitucionalidade em razão dos decretos autônomos: o decreto autônomo não se limita a regulamentar lei, inova no ordenamento jurídico e é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade; quando o decreto autônomo for nulo, o será não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, visto que supre a lacuna da lei onde a Constituição a exige; não é admissível a propor ação direta de inconstitucionalidade para impugnar ato regulamentar e não autônomo, de natureza derivada (secundária); apenas os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos podem ser submetidos ao controle abstrato de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. – 20. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **Liberdade e poder regulamentar**. Revista de informação legislativa, v. 17, n. 66, p. 45-74, abr./jun. 1980.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. – 7. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional: Tomo I**. – 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. - 6. ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 11. ed. - São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. - 25. ed. - São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 708/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 22 mai. 1992.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AgRg em ADI n. 1254-MC, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 14 jun. 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1435-MC, relator Ministro. Francisco Rezek, julgamento em 07 nov. 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1435-8/DF, medida liminar, relator Ministro Francisco Rezek, em julgamento em 27 nov. 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1822, relator o Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 26 jun. 1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2564, relatora foi a Ministra Ellen Gracie,

julgamento em 08 out. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2630 AgR, relator foi Ministro Celso de Mello, julgamento em 16 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2630 AgR, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3074 AgR, relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 28 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3232, relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 14 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3664 do Rio de Janeiro/RJ, relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 01 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4015-MC/PA, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4095 AgR, Ministra Rosa Weber, julgamento em 16 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4127 AgR, relatora a Ministra Rosa Weber, julgamento em 16 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4152 de São Paulo/SP, relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 01 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 12275-AgR, relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 22 mai. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. - 7. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. - 8. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. – 3. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivim, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 25. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. – 11. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivim, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. - São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. - 3.ed. rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. – 15. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. – 17. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.

HOBBS, Tomas. **Leviatã: matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. - 1. ed. - Martins Fontes: São Paulo 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. – 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. - 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. - 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. - 34. ed. - São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. - 39. ed. - São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. – 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. – 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_v\\_\\_Port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais Garantia Suprema da Constituição**. – 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**- 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

SARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. – 4. ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. - 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. – 22. ed. - São Paulo: Malheiros, 2008.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade Abstrato: De Acordo com o Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.