



**SENADO FEDERAL
UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO
UNILEGIS**

RICARDO JOSÉ ALVES

**CONTROLE JUDICIAL DA EXORBITÂNCIA DO PODER
REGULAMENTAR**

**Brasília – DF
2008**



RICARDO JOSÉ ALVES

**CONTROLE JUDICIAL DA EXORBITÂNCIA DO PODER
REGULAMENTAR**

**Trabalho final apresentado para
aprovação no curso de pós-graduação
lato sensu em 2008 realizado pela
Universidade do Legislativo
Brasileiro e Universidade Federal de
Mato Grosso como requisito para
obtenção do título de especialista em
Direito Legislativo**

Orientador: Luiz Fernando Bandeira

**Brasília – DF
2008**

CONTROLE JUDICIAL DA EXORBITÂNCIA DO PODER REGULAMENTAR

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização
em 2008 realizado pela Universidade do Legislativo
Brasileiro no 1º semestre de 2008.

RICARDO JOSÉ ALVES

Banca Examinadora:

LUIZ FERNANDO BANDEIRA

Nome completo do orientador

Nome completo do professor convidado

Brasília, de 2008

AGRADECIMENTOS

À família,

Nossa eterna gratidão por partilharem conosco nossos ideais, incentivando-nos a prosseguir nossa jornada. A presença de vocês foi e sempre será marcante pelo carinho, apoio e dedicação.

Aos professores,

Que com empenho e dedicação nos apoiaram na busca do desenvolvimento intelectual e no crescimento profissional.

Aos colegas,

Hoje somos testemunhas uns dos outros sobre nossas lutas diárias. Aprendemos juntos com disciplina e persistência. Hoje, temos certeza, aumentamos um pouco mais o nosso conhecimento técnico sobre o direito legislativo e, isto, resulta em aperfeiçoamento no trabalho que entregaremos à sociedade em reconhecimento pela confiança.

À Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS, pela oportunidade de, doravante, sermos sempre lembrados como alunos de seus quadros.

À direção, professores, coordenadores e demais funcionários que tão prontamente nos acolheram em sua universidade e que não se cansaram em nos atender, sempre, com tanto carinho, o nosso respeito e o nosso muito obrigado.

DEDICATÓRIA

Ao Insondável e Amorável **DEUS**:

Ele é razão de tudo! Fonte inesgotável de amor! Por isso temos plena certeza, que Ele com sua infinita bondade e misericórdia esteve sempre presente em cada um de nós, concedendo sabedoria e paz.

“1. Celebrai com júbilo ao Senhor, todas as terras. 2. Servi ao Senhor com alegria, apresentai-vos diante Dele com cântico. 3. Sabei que o Senhor é Deus; foi ele quem nos fez, e dele somos; somos o seu povo e rebanho do seu pastoreio. 4. Entrai por suas portas com ações de graças e nos seus átrios, com hinos de louvor; rendei-lhe graças e bendizei-lhe o nome. 5. Porque o Senhor é bom, a sua misericórdia dura para sempre, e, de geração em geração, a sua fidelidade.” (SALMOS 100)

RESUMO

O presente trabalho tem por tema o controle judicial da exorbitância do poder regulamentar. A questão central do tema em tela se deve ao fato de que a produção legislativa decorre de um universo de negociação e que a aprovação do texto final de uma lei contempla mais os interesses políticos dos que os técnicos. Para que a lei seja aplicada pelo agente público e conseqüentemente operacionalizada é necessária a regulamentação. A questão objeto do presente estudo é quando esse ato regulamentar exorbita a lei e passa a tratar de questões que não estão definidas na Lei. Nesses casos para que o regulamento não venha ferir o princípio da hierarquia das leis é necessário que seja julgado inconstitucional.. O trabalho busca responder tal controle serve realmente para impedir que proposições flagrantemente inconstitucionais?. Dentre os objetivos que o trabalho se propõe tem-se: a análise de os casos de regulamentos que exorbitaram em sua função de ato regulamentar. A verificação dos elementos determinantes de inconstitucionalidade e a natureza do poder regulamentar e do cabimento de ADIN quando da exorbitância de poder regulamentar.

Palavras-Chave: Poder Regulamentar, Princípio da Igualdade, Hermenêutica, Controle de Constitucionalidade,

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PODER REGULAMENTAR.....	10
1.1. Objeto do regulamento	10
1.2. Espécies de regulamento	10
1.2.1. Regulamentos executivos	11
1.2.2. Regulamento delegado	11
1.2.3. Regulamento autônomo.....	12
1.3. Titularidade do Poder Regulamentar	13
1.4. Da indelegabilidade do Poder Regulamentar	14
1.5. Posição hierárquica do regulamento no direito brasileiro.....	16
1.6. Princípio da Legalidade.....	17
2. HERMENÊUTICA CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	21
2.1 – Conceito e características.....	21
2.2 – Finalidade da interpretação	22
2.3 – Aspectos culturais da interpretação.....	22
2.4 – Métodos de interpretação	23
2.4.1 – Método integrativo.....	23
2.4.2 – Método concretista.....	24
2.4.3 – Método autêntico.....	24
2.4.5 – Método doutrinário	24
2.4.6 – Método evolutivo.....	25
2.5 – Princípios da interpretação constitucional	25
2.6. – Interpretação segundo a Constituição	26
3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
3.1. Constitucionalidade e Inconstitucionalidade	30
3.2. Instrumentos e Controle Concentrado.....	32
3.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	32
3.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	33
3.2.3 Ação Direta de Constitucionalidade.....	33
3.2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	34
3.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.....	35
3.3. Controle de Constitucionalidade no Poder Legislativo	355
3.4. Controle de Constitucionalidade do Poder Executivo.....	366
3.5. Controle de Constitucionalidade do Poder Judiciário	366
4. ESTUDO DE CASO DE REGULAMENTOS OBJETOS DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	377
5. CONCLUSÃO.....	499
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	522

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema o controle da exorbitância do poder regulamentar. A questão central do tema em tela se deve ao fato de que a produção legislativa decorre de um universo de negociação e que a aprovação do texto final de uma lei contempla mais os interesses políticos dos que os técnicos. Para que a lei seja aplicada pelo agente público e conseqüentemente operacionalizada é necessária a regulamentação. Portanto, como afirma Hely Lopes Meirelles o regulamento “é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicitar a forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente)”.¹

A questão objeto do presente estudo é quando esse ato regulamentar exorbita a lei e passa a tratar de questões que não estão definidas na lei. Nesses casos, para que o regulamento não venha ferir o princípio da hierarquia das leis, é necessário que seja julgado inconstitucional. O presente trabalho busca responder se tal controle serve realmente para impedir que proposições flagrantemente inconstitucionais continuem a existir no mundo jurídico.

Os regulamentos editados pelo Poder Executivo constituem atos normativos obrigatoriamente subordinados à lei. Tais comandos, chamados também de regulamentos subordinados, executivos ou de execução, fundamentam-se no art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988. Portanto, insere-se o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. A questão atinge certo grau de complexidade quando a ação normativa do Executivo incide sobre um universo maior de discricionariedade, em específico na questão técnica. Porque este seria, no direito brasileiro, o lugar daquele regulamento apontado por determinada doutrina como delegado ou autorizado.

Dentre os objetivos que o trabalho se propõe tem-se: a análise dos casos de regulamentos que exorbitaram em sua função de ato regulamentar e por isso tornaram-se objetos de ADIN. A verificação dos elementos determinantes de

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.43

inconstitucionalidade e a natureza do poder regulamentar e do cabimento de ADIN quando da exorbitância de poder regulamentar.

Na questão metodológica para a classificação da pesquisa, foi utilizada a taxonomia apresentada por Vergara², que a qualifica em relação a dois aspectos: quanto ao fim, está relacionada ao modo de abordar o problema formulado, e, quanto ao meio, refere-se à maneira em si de investigação.

Quanto à finalidade, será adotada a pesquisa exploratória e qualitativa. Exploratória, porque se leva em consideração que há poucos estudos a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade em virtude da exorbitância do Poder Regulamentar.

Quanto aos meios de investigação, a pesquisa será classificada em bibliográfica e documental. É, pois foi realizada através de material já publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral. A presente pesquisa objetiva a investigação sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade quando ocorre exorbitância de poder regulamentar.

O estudo tem por fundamento a análise de decisões do STJ – Superior Tribunal de Justiça; do STF – Supremo Tribunal de Justiça e TJDF nos casos de exorbitância de regulamentação de Leis Federais. Os dados para o estudo foram obtidos por meio de pesquisa bibliográfica em livros e periódicos para o entendimento doutrinário e acadêmico a respeito da temática em tela. Foi realizada uma pesquisa documental das decisões do STF – Supremo Tribunal Federal em que houve acolhimento de liminar em ADIns contra regulamento do Poder Executivo que exorbitaram no que esta prescrito pelas leis .

²VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2008.p.65

1. PODER REGULAMENTAR

O regulamento, conforme o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, é o “ato geral e de regra abstrato e de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.³

Hely Lopes Meirelles ensina que regulamento

é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicitar a forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).⁴

1.1. Objeto do regulamento

A Constituição vigente prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata segundo a qual deva ocorrer a atuação da administração.⁵

1.2. Espécies de regulamento

Das inúmeras classificações que a doutrina oferece, merece especial atenção, por ser mais próxima aos objetivos do presente trabalho, a seguinte: regulamentos executivos, regulamentos delegados e regulamentos autônomos.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 240.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 113.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 249.

1.2.1. Regulamentos executivos

Os regulamentos executivos são também chamados de execução ou regulamentos subordinados. Sua função é tornar exeqüível uma lei determinada, ordenando a forma de sua aplicação pormenorizadamente. Exatamente por isso que não lhes é dada, em nosso ordenamento, a possibilidade de ultrapassar os limites da lei. São editados com o fim de possibilitar a atuação concreta de uma determinada norma que foi posta no ordenamento jurídico por uma lei. Nesse diapasão, Roque Antônio Carrazza ensina que, ao passo que a lei objetiva declara o direito, o regulamento visa a desenvolvê-lo com o objetivo específico de torná-lo o mais efetivo possível.⁶ Simplesmente completam os preceitos da lei.⁷

1.2.2. Regulamento delegado

Os regulamentos delegados, também chamados de autorizados ou habilitados, são editados pelas autoridades competentes, objetivando o atendimento da norma legal, para prover matéria reservada à lei. Portanto, tem-se uma ampliação da atribuição regulamentar limitada, porém, à matéria e aos termos fixados na delegação. A ultrapassagem desses aspectos implica ilegalidade do regulamento. Decorrem, pois, de uma autorização formal, expressa, prévia e limitada, concedida ao Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, para dispor sobre matérias específicas na forma da Constituição Federal (art. 59, IV, e art. 68).

Em síntese: regulamentos delegados são aqueles editados pelo Poder Executivo em razão de habilitação recebida expressa e delimitadamente do Poder Legislativo.⁸ Diógenes Gasparini critica o emprego da expressão “regulamento delegado”, e ressalta que se trata, verdadeiramente, de outorga de poder legiferante

⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 15^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 261-267.

⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder regulamentar. *In*: _____. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 425.

⁸ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 46.

ao Executivo para dispor sobre matéria reservado a outro Poder.⁹ No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado – como o Poder Executivo – produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar.¹⁰

Assim, diferentemente da categoria anterior, o regulamento delegado trata de matéria própria de lei, e o regulamento executivo trata de complementar o que está disposto em lei.

1.2.3. Regulamento autônomo

Os regulamentos autônomos, ou independentes, são editados pela autoridade competente para dispor sobre matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo. Portanto, são reminiscências do antigo poder de legislar dantes concentrado nas mãos do Chefe de Estado. Esses regulamentos não devem existir no nosso ordenamento constitucional vigente.¹¹

Hely Lopes Meireles admite, com ressalvas, a possibilidade de existência de decretos autônomos em nosso ordenamento. Ao fazer tal afirmação usa de cautela e coloca a questão da seguinte forma: quando a lei é omissa pode o regulamento suprir a lacuna, enquanto o legislador não complete os claros da legislação.¹²

Porém, a doutrina majoritária não admite tal possibilidade nem mesmo com a ressalva colocada pelo professor Hely Lopes Meirelles. Nesse sentido Carlos Mário da Silva Velloso se posiciona: “com a vênia devida, divirjo do entendimento do ilustre administrativista”, porque a Constituição (art. 6º, parágrafo único, art. 81, III; art. 153, § 2º) impede que o Poder Executivo estabeleça direitos ou obrigações aos indivíduos, ou imponha restrições à liberdade ou propriedade que não estejam

⁹ GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 72-74.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADIN nº 1.296 /PE – Pernambuco – medida cautelar – Relator: Celso de Mello, DJ 14/06/95 disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 12 mar. 2008.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação constitucional**. 3ª ed. rev/amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 179-180.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 163.

estabelecidas em lei¹³ – dispositivos referentes à Constituição Federal de 1967, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos, já na vigência da Constituição Federal de 1988, comenta:

No nosso sistema jurídico-constitucional inexistem os regulamentos autônomos, a despeito de parte da doutrina, sem dúvida minoritária, insistir na possibilidade, entre nós, da edição de regulamentos independentes. A razão é a seguinte: o art. 84, IV, diz caber ao Presidente da República editar decretos e regulamentos para fiel execução das leis. Diante de tão inequívocos parâmetros – art. 5º II combinado com o art. 84 VI –, é perfeitamente lícito afirmar-se o caráter de execução dos nossos regulamentos emanados em desenvolvimento da lei. [...] São insuscetíveis, entretanto, de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei.¹⁴

1.3. Titularidade do Poder Regulamentar

O titular da competência para exercitar o poder regulamentar é o Chefe do Poder Executivo, pois ele é o supremo na hierárquica da Administração. Assim sendo, o Chefe do Poder Executivo, exercendo seu poder hierárquico, restringe os comportamentos possíveis de seus subordinados e especifica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Dessarte uniformiza, processual e materialmente, os comportamentos a serem adotados pelos órgãos e agentes administrativos, em face de situações já anteriormente previstas em lei.

As autoridades executivas, ao exercerem a atividade administrativa, estão, em sentido genérico, administrando bens públicos e interesses públicos segundo as determinações da lei, da moral e da finalidade que lhes foram entregues. Portanto a atividade administrativa deve ser pautada pelo fiel cumprimento da lei, pois se trata de um *munus* público. Devem, também, agir visando o fim da administração pública, ou seja, o bem comum da comunidade administrada.¹⁵

Há, ainda, que se falar, mesmo que brevemente, sobre moralidade administrativa, pois, em sua atuação, os administradores devem valorar, além do legal e do ilegal, o honesto e o desonesto, segundo as regras de conduta próprias

¹³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Ob. cit. p. 432.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. São Paulo : C. Bastos, 2004 p. 123.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 79.

da administração pública. O jurista português Antônio José Brandão resume da seguinte forma: “a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence”.¹⁶

Hely Lopes Meirelles ensina que exercer atividade administrativa pública tem o sentido oposto ao de propriedade e traz o dever de atuar no sentido de satisfazer os interesses da coletividade e não os do agente ou do aparelho estatal.¹⁷ Dessa forma, toda competência administrativa é um dever de praticar o ato idôneo para atendimento da finalidade protetora do interesse público, isto é, da coletividade.¹⁸ Tal desempenho implica o exercício de um poder, sem o qual o Chefe do Poder Executivo não pode desincumbir-se do dever posto a seu cargo; poder que é delimitado conforme a lei.

No mesmo sentido, leciona Luís Roberto Barroso, para quem

os regulamentos orgânicos se limitam a regradar a Administração Pública, quer quanto à estrutura de seus órgãos, quer quanto aos deveres e obrigações de seus agentes. Na Carta em vigor, exemplo típico seria o art. 84, VI, pelo qual compete ao Presidente dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal.¹⁹

1.4. Da indelegabilidade do Poder Regulamentar

Quanto à possibilidade de delegação, por parte do Chefe do Poder Executivo, dos poderes de expedir regulamentos, José Afonso da Silva ensina que as competências do art. 84 da Constituição Federal são, por disposição textual, ‘privativas’. Esclarece que as competências podem ser classificadas, segundo sua extensão, em exclusiva, privativa, comum, concorrente e suplementar. Competência

¹⁶ *Apud* MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 113.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80-81.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 306.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. *In*: _____ **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 182.

exclusiva é atribuída a uma entidade com exclusão de todas as demais (CF/88, art. 21); competência privativa é aquela enumerada como própria de uma entidade, mas que admite a possibilidade de delegação (CF/88, art. 22, parágrafo único, e art. 24 e §§); competência comum é a faculdade dada a uma entidade para legislar em igualdade de condições com outra sem que haja exclusão de qualquer delas (CF/88, art. 23); competência concorrente trata da possibilidade de mais de uma entidade federada legislar sobre uma matéria, porém com primazia para a União (CF/88, art. 24 e §§), e competência suplementar trata da faculdade de legislar em desdobramento de normas gerais ou para suprir sua ausência (CF/88, art. 24, §§ 1º e 4º).²⁰

Consoante o disposto no parágrafo único do art. 84 da Constituição Federal de 1988, na precisa lição de José Afonso da SILVA, as competências exclusivas são aquelas enumeradas nos incisos do art. 84 e dentre estas, com exclusão de quaisquer outras, apenas as elencadas no referido parágrafo único são privativas, passíveis portanto de delegação.

Tal conclusão é a que decorre aplicando-se interpretação a contrario sensu. – Perelman nos deu uma tipologia de esquemas argumentativos sobre os quais não há mais meios de se estender: generalizando, trata-se de começar por uma proposição admissível e concluir-se por uma outra que lhe oposta²¹ para fazer surgir um valor-referência que se rejeita, ao contrário, que se quer adotar.

A outorga constante do inciso IV, de particular interesse ao presente estudo, é, sem embargo de definição, indelegável. Neste sentido escreve, Vanessa Vieira de Mello:

Com relação ao inciso IV, por injunção do parágrafo único do dispositivo acima mencionado, decorre a indelegabilidade da competência regulamentar. Dito de outro modo, as atribuições do Presidente da República, tidas como delegáveis, encontram-se expressas no parágrafo único do artigo 84 da Carta Magna, não estando a de expedir regulamentos voltados à fiel execução das leis encartada entre as mesmas. Dessa forma,

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 481.

²¹ BARROS, Cristiane Gouveia de. **Teoria geral do direito e lógica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 84.

a regulamentação da lei compete, única e exclusivamente, ao titular da chefia do Poder Executivo.²²

1.5. Posição hierárquica do regulamento no direito brasileiro

O regulamento deve somente indicar o modo de determinar a observância da lei que deva regulamentar. Tanto o é que, além de constar do rol das competências exclusivas do Chefe do Poder Executivo, está acompanhada a outorga do poder regulamentar da expressão ‘fiel execução’ das leis. Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que o poder regulamentar “insere-se, como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução”.²³

Os regulamentos editados pelo Poder Executivo constituem atos normativos obrigatoriamente subordinados à lei. Tais comandos, chamados também de regulamentos subordinados, executivos ou de execução, fundamentam-se no art. 84, IV da Constituição Federal de 1988. Portanto, insere-se o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo.²⁴

A questão atinge certo grau de complexidade, quando a ação normativa do Executivo incide sobre um universo maior de discricionariedade, em específico na questão técnica. Porque este seria, no direito brasileiro, o lugar daquele regulamento apontado por determinada doutrina como delegado ou autorizado.²⁵ Nessa perspectiva, a Administração atua em virtude de delegação (autorização) do Legislativo. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os regulamentos “são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público”.²⁶ Vanessa Vieira de Mello arremata a questão da seguinte forma: “o regulamento é subordinado à lei. Todo

²² MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 62.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 87.

²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2^a. ed. rev/amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 58.

²⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2^a ed. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 342.

²⁶ *Ibidem*, Ob. cit. p. 347.

trabalho desenvolvido, atinente aos regulamentos de execução, os únicos admitidos em nosso direito positivo pátrio, demonstrará essa premissa básica, inarredável”.²⁷

1.6. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, sendo essa uma das vigas mestras do ordenamento jurídico. Esse princípio representa uma avanço no Estado de Direito, pois garante o particular contra os desmandos do Executivo e do próprio judiciário. Na verdade o princípio da legalidade se aproxima mais de uma garantia constitucional do que de um direito individual, na medida em que assegura ao particular a prerrogativa de repelir injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a lei.²⁸

No Direito Constitucional tem-se a aplicação plena do chamado princípio da legalidade, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1967, afirma que “onde se estabelecem, alteram-se ou extinguem-se direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis”.²⁹ Vanessa Vieira de Mello afirma que “se o regulamento invadir a seara de leis, torna-se visível a violação à idéia de formação da lei resultante da vontade geral da nação”.³⁰

Vanessa Vieira de Mello leciona, que a titularidade do poder regulamentar é exclusiva do Chefe do Poder Executivo,³¹ considerando que o princípio da legalidade está grafado na Constituição Federal vigente, no inciso II do art. 5º nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²⁷ MELLO, Vanessa Vieira de. Ob. cit. p. 58.

²⁸ MELLO, Vanessa Vieira de. Ob. cit. p.185.

²⁹ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos..., Ob. cit. p. 178.

³⁰ MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.. p. 66.

³¹ *Ibidem*, p. 62.

Para José Afonso da Silva, o princípio da legalidade é essencial ao Estado de Direito e não pode ser interpretado de forma isolada, mas sim dentro do contexto do sistema normativo constitucional. Portanto, o princípio da legalidade cria “uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui atuação secundária de outros poderes”.³² Destaca o constitucionalista que a expressão “em virtude de lei” traz dois conceitos: a) legalidade e b) reserva de lei.

O segundo conceito trata de reservar como sendo da competência específica de lei em sentido formal – objeto de processo legislativo próprio – a regulação de matérias específicas, notadamente aquelas atinentes a direitos fundamentais, organização dos poderes do Estado e delegações legislativas. O primeiro conceito, mais elástico, refere-se ao “respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”.³³ Aí está o sentido do inciso IV do art. 84 da Constituição Federal de 1988, especificamente o da expressão “fiel execução”, equivalendo a “respeito à lei”.

Celso Antônio Bandeira de Mello coloca, com precisão, a questão: “instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder”. E prossegue: “além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de perseguir-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária”.³⁴ Daí decorre, logicamente, que não se pode por ato administrativo estabelecer inovação no ordenamento jurídico, mas somente cuidar da “fiel execução” das leis.

Os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou; o de ato estritamente subordinado à lei, só podendo existir regulamentos conhecidos no

³² SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 422.

³³ *Ibidem*, Ob. cit. p. 423.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 59.

direito alienígena como “regulamentos executivos”. Daí a modesta função do regulamento em nosso sistema de direito.³⁵

Há que se tratar, ainda, mesmo que brevemente, da disposição contida no art. 49, inciso V³⁶ da Constituição Federal de 1988. Celso Ribeiro Bastos lembra que a atividade administrativa do Estado é exercitada mediante a realização de atos de efeitos concretos e genéricos, os quais compõem a atividade normativa do Poder Executivo. Dois são os aspectos de que se revestem: material, no que se refere à generalidade e ao caráter abstrato; e subjetivo, referente à titularidade, exclusiva, do Chefe do Poder Executivo, para expedição dos regulamentos.

Celso Ribeiro Bastos sustenta que a previsão normativa contida no dispositivo constitucional referido dirige-se ao controle da legalidade: “nem mesmo sob o fundamento da inconstitucionalidade do decreto regulamentar tal procedimento se legitimaria, porquanto não compete ao Congresso Nacional o controle da constitucionalidade. De outra parte, na quase totalidade das hipóteses, a exorbitância não se configura em inconstitucionalidade, mas sim em ilegalidade”³⁷.

Em igual sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade”;³⁸ “se a interpretação da lei divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o Decreto impugnado pretendeu regulamentar [...], a questão posta em análise caracterizará típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade”.³⁹ E, do mesmo teor, é o seguinte julgado: “não cabe ação direta de inconstitucionalidade

³⁵ *Ibidem*, p. 240.

³⁶ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 4, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 121.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADIN nº 2.155-9 /PR – Santa Catarina –medida cautelar – Relator: Sydney Sanches, DJ 01/06/01 disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 04 fev. 2008.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADIN nº 561/DF –medida cautelar – Relator: Celso Mello, DJ 23/03/01 disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 04 fev. 2008.

contra Decreto que regulamenta Lei, ou porque havendo divergência entre aquele e esta, a questão se situa primeiramente no terreno da legalidade”.⁴⁰

Exorbitância há também quando a lei transfere ao Poder Executivo prerrogativa de disciplinar, diretamente, matéria própria do Poder Legislativo. Ensina Carlos Mário da Silva Velloso que o “poder regulamentar deve ser entendido como atividade de natureza administrativa, inconfundível, pelo menos no sistema constitucional brasileiro, com a técnica legislativa de delegação legislativa”⁴¹; e Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que em tais situações “há delegação disfarçada e inconstitucional.

Nesse caso, a inconstitucionalidade caracteriza-se pela inobservância dos ditames contidos no regramento do art. 68 da Constituição Federal de 1988, no que concerne aos requisitos para que se opere a regular delegação; e pela infringência do art. 2º da Carta Política vigente.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADIN nº 2.121-4/SC – Relator: Moreira Alves, DJ 15/12/00 disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 04 fev. 2008.

⁴¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Ob. cit. p. 428.

2. HERMENÊUTICA CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

2.1 – Conceito e características

A palavra hermenêutica provém do grego, *Hermeneúden*, interpretar, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega, filho de Zeus e de Maia, considerado o intérprete da vontade divina. Em Roma, o vocábulo *interpretes* expressava a figura do intérprete ou adivinho, daquele que lia o futuro da pessoa pelas entranhas da vítima. Daí dizer-se que interpretar consiste em desentranhar o sentido e o alcance das expressões jurídicas.⁴²

Interpretar algo, em qualquer área do conhecimento, consiste numa atividade criadora, na medida em que ao intérprete compete a função de atribuir sentido ao objeto examinado, de forma a fazer parte nas operações interpretativas.⁴³ Para Paulo Nader, a palavra interpretação possui amplo alcance, não se limitando à Dogmática Jurídica.

Interpretar é o ato de explicar o sentido de alguma coisa, é revelar o significado de uma expressão verbal, artística ou constituída por um objeto, atitude ou gesto. A interpretação consiste na busca do verdadeiro sentido das coisas e para isto o espírito humano lança mão de diversos recursos, analisa os elementos, utiliza-se de conhecimentos da lógica, psicologia e, muitas vezes, de conceitos técnicos, a fim de atingir o âmago das coisas e identificar a mensagem contida.⁴⁴

Esse mesmo enfoque é utilizado no Direito, pois quando uma norma, uma lei, ou ato ou negócio jurídico, por sua natureza de comandos permissivos manifestos por palavras, terminam por gerar sentidos diversos, cabendo ao agente da interpretação o poder de eleger um dentre aqueles distintos significados compatíveis com a situação a ser regulada. “Por não ser um raciocínio formal e dedutivo, o raciocínio jurídico é quase sempre controvertido ou problemático. Logo a

⁴² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro : Forense, 1982. p.314

⁴³ ANDRADE, Cristiano J. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo : RT, 1992, p.14

⁴⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Op cit. p.317

inferência desse raciocínio argumentativo não é uma conclusão obrigatória, mas uma decisão, um ato de poder, visto que se trata de uma decisão para outrem”.⁴⁵

2.2 – Finalidade da interpretação

Kelsen entende que

“a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas várias soluções na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar, têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito, no ato do tribunal, especialmente”.⁴⁶

Interpretar uma norma contida na Constituição é atribuir-lhe significado mediante a utilização de métodos e princípios próprios, desenvolvidos e cientificamente sistematizados pela hermenêutica constitucional.⁴⁷

Para Canotilho a finalidade da hermenêutica é a obtenção de uma decisão para problemas práticos, normativos-constitucionalmente fundada, devendo ser analisada nas dimensões de busca do direito contido na lei constitucional escrita; tradução na adscrição de um significado a um enunciado ou disposição lingüística e dar um significado à interpretação dada.⁴⁸

2.3 – Aspectos culturais da interpretação

Karl Loewenstein observa

“que toda constituição escrita, como toda obra humana não é somente incompleta, senão que aqui a deficiência é maior, já que cada constituição não é mais do que um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam em sua conformação, tornando imperiosa a compreensão do sentido de suas normas através da atividade interpretativa”.⁴⁹

Ainda nessa perspectiva de conformação, Paulo Bonavides assevera que:

⁴⁵ ANDRADE, Cristiano J. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. Op Cit , p.14

⁴⁶ KELSEN, Hans **Teoria Pura do Direito**. São Paulo : Martins Fortes, 1991.p. 366.

⁴⁷ BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**.

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

“as relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável”.

Todo processo de interpretação de uma norma jurídica e conseqüentemente da norma constitucional envolvem um juízo de valoração efetuado pelo operador, isto é pelo sujeito da operação interpretativa; ou seja, é feita por um ser humano determinado e, se socializa porque é compartilhada coletivamente, por isso não deve ser subjetiva no sentido de responder exclusivamente à subjetividade relativa do operador, senão “objetiva” enquanto compute e confira prevalência aos valores que contém o sistema jurídico a que pertencem as normas e aos princípios gerais que, em mancomunação com os valores, expressam um conjunto cultural próprio do mesmo sistema.⁵⁰

2.4 – Métodos de interpretação

O que se busca com a interpretação de uma norma é preenchimento do seu sentido. A doutrina traz uma diversidade de classificações quanto aos métodos de interpretação jurídica, notadamente em sede de direito constitucional. A seguir comentaremos, rapidamente, alguns métodos e suas principais características.

2.4.1 – Método integrativo

Também denominado científico-espiritual. Parte do pressuposto de que a constituição é a síntese do ordenamento jurídico do Estado, e como tal traz em seu bojo os diversos fatores que integram a conformação do Estado.

Desta forma, segundo Paulo Bonavides pelo o método integrativo a “constituição não deve ser interpretada em tiras, em pedaços ou porções isoladas do todo. Isto porque o Direito Constitucional possui a índole integrativa, configurando um Direito Político ou Direito do Estado. É, portanto, um *Direito Síntese* e cumpre ser observado em suas múltiplas conexões, em seus aspectos teleológicos e materiais, pois consigna expressão da vida, dos fatos concretos que circunscrevem a realidades da existência humana”.⁵¹

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1984

⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

2.4.2 – Método concretista

Tem por base os ensinamentos de Konrad Hesse no sentido de que a interpretação da constituição tem um caráter criativo, e na medida em que se realiza sua interpretação – da norma – em face dos casos concretos o conteúdo da norma vai sendo preenchido pelo intérprete a partir de sua pré-compreensão. Hesse lança o termo “programa normativo”, o qual contempla o texto normativo e o caso concreto. Difere pois do método integrativo, pois não consideram a constituição como um sistema hierárquico-axiológico. É um método casuístico voltado para interpretar a norma frente ao caso concreto.⁵²

2.4.3 – Método autêntico

É a interpretação ofertada pelo órgão que elaborou a lei. Em sede de direito constitucional brasileiro este método é controvertido, pois é juridicamente inadmissível que o legislador ordinário edite diploma legal com força de dar interpretação à constituição, pois está em posição hierárquica inferior frente à constituição. Também não seria o caso de o constituinte originário ou derivado fazerem interpretação, pois a atuação de qualquer um deles seria produtora de norma, e não atividade interpretativa. Uadi Lammêgo arremata a questão afirmando que “no Brasil, por exemplo, por força dos arts. 102, I e III, 5º, XXXV, e 97 da Constituição de 1988, é o Judiciário, através dos seus juízes e tribunais e, em última instância, o Supremo Tribunal Federal, a quem compete, tipicamente, essa importantíssima tarefa”.⁵³

2.4.5 – Método doutrinário

Advém da atuação científica dos juristas, que por sua autoridade, embasamento técnico-jurídico, e sistemático, têm o condão de influenciar o processo de interpretação constitucional. Para Inocêncio Mártires Coelho, este método

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. Op cit. p. 323.

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

pressupõe a interpretação segundo as regras de hermenêutica, valendo-se o intérprete dos “elementos filológico, lógico, histórico, teleológico e genético”.⁵⁴

2.4.6 – Método evolutivo

Este método está intimamente ligado ao método concretista, pois apregoa que quando da interpretação de uma norma deve ser considerado o contexto social, histórico, político e econômico, a fim de que o preenchimento do conteúdo da norma seja realizado em consonância com a realidade vigente no momento da ocorrência do fato social ao qual se pretende aplicar a norma.

2.5 – Princípios da interpretação constitucional

O mestre Inocêncio Mártires relaciona, em seu livro *Interpretação Constitucional*, sete princípios, os quais se coadunam com os métodos de interpretação elencados nas seções anteriores. Por ser muito didática e clara a exposição do mestre, tomamos a liberdade de fazer sua transcrição na íntegra, conforme se segue:

princípio da unidade da Constituição: as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios;

princípio do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, posto que essa é uma das finalidades primordiais da Constituição;

princípio da máxima efetividade: na interpretação das normas constitucionais devemos atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia ou efetividade;

princípio da conformidade funcional: o órgão encarregado da interpretação constitucional não pode chegar a resultados que subvertam ou perturbem o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido, como o da separação dos poderes e funções do Estado;

princípio da concordância prática ou da harmonização: os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto;

princípio da força normativa da Constituição: na interpretação constitucional devemos dar primazia às soluções que, densificando as suas normas, as tornem eficazes e permanentes;

⁵⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 89.

princípio da interpretação conforme a Constituição: em face de normas infra-constitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira sentido compatível e não conflitante com a Constituição, não sendo permitido ao intérprete, no entanto – a pretexto de conseguir essa conformidade – contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocamente, pretendeu alcançar com a regulamentação.⁵⁵

2.6. – Interpretação segundo a Constituição

Por força da denominada supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, e em decorrência da presunção de que as leis, e os atos normativos baixados pelo poder competente, dentro do referido sistema normativo devem guardar conformidade com a constituição, no exercício da atividade hermenêutica é preciso que sempre seja buscado, prioritária e preferencialmente, um sentido para a norma, de forma que ela – a norma – esteja adequada à Constituição Federal.

Quando da ocorrência de uma norma que comporte vários significados, a tarefa do intérprete será encontrar um significado que esteja conforme as normas constitucionais. Trata-se, pois de uma técnica utilitarista que evita a declaração de inconstitucionalidade da norma, e a conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

A interpretação conforme a constituição não será possível quando a afronta a texto expresso da lei não possibilitar qualquer interpretação que a compatibilize com a constituição. Este limite reside no princípio da separação dos poderes, e no princípio da legalidade, pois o Poder Judiciário não tem competência para legislar. Não sendo possível compatibilizar a norma interpretada com a constituição, somente restará a necessidade de declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

⁵⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Op Cit, p. 91.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "o controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição"⁵⁶, e envolve os requisitos formais e substanciais de tal ato. A inconstitucionalidade, para Jorge Miranda⁵⁷ apud Ferreira Filho, é o não cumprimento da Constituição, por ação ou omissão, por parte dos órgãos do Poder Político, na forma como é reconhecido pela própria Constituição Federal. É preciso destacar que esse controle está diretamente relacionado à existência de uma Constituição rígida e formal.

A lei é a manifestação da vontade do povo por meio de seus representantes e, portanto evidencia o interesse comum e decorre do Poder Legislativo por meio do processo legislativo, entendido como uma série de atos que tem por finalidade a produção de leis, sendo que o conteúdo, a forma e a obedecem a regras definidas constitucionalmente. No caso das leis federais, as regras estão contidas na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 95/98 e nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e Regimento Comum das duas Casas. O processo legislativo brasileiro é determinado pela vontade das duas casas legislativas, por isso é bicameral. De acordo com Ferreira Filho⁵⁸

O poder do Estado, para que não se torne abusivo, tem de ser dividido de tal sorte que a independência recíproca e especialização numa das funções básicas, dos que contam com frações da soberania, impeça que qualquer um possa oprimir a quem quer que seja. O poder, portanto, se divide em poderes que são, em última análise, órgãos independentes e relativamente especializados do Estado.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p.30.

⁵⁷ Idem, p. 40

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1995,p.98

O processo legislativo é constituído de atos que envolvem iniciativa, emenda, votação, sanção, veto, desenvolvidos pelos órgãos legislativos para elaboração de leis complementares, ordinárias, resoluções e decretos legislativos.⁵⁹

O processo legislativo considera normas relativas a produção, criação, modificação ou revogação de normas gerais. Para o autor, o processo legislativo, sob o ponto de vista jurídico, é uma espécie do direito processual.⁶⁰

Para Canotilho,⁶¹ o procedimento legislativo passa por uma complexidade de atos , qualitativos e funcionalmente heterogêneos e autônomos, praticados por sujeitos diversos e dirigidos à produção de uma lei do Parlamento. Noutros termos: procedimento legislativo é a forma da função legislativa, isto é, o modo ou *iter* segundo o qual se opera a exteriorização do poder legislativo.

O procedimento legislativo decorre de um conjunto de atos para a produção de um ato legislativo, sendo a lei o ato final do procedimento. As várias fases procedimentais, disciplinadas com maior ou menor particularização nos vários ordenamentos, estão pré-ordenadas à produção de um ato final

O devido processo legislativo, que também é devido processo legal, é um direito, uma garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito. Para alguns autores, existe distinção entre processo legislativo e procedimento legislativo, e justificam essa posição considerando que o processo legislativo tem uma perspectiva ampla de produção legislativa em geral, e que transcende a técnica de procedimento legislativo.⁶²

No caso do processo legislativo, tem-se seu percurso definido em regras estabelecidas. Nesta perspectiva tem a expressão do art. 59 da Constituição Federal, que diz:

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1977,p.496

⁶⁰ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Processo Legislativo**.2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.p.28

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes.5.ed. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina,1992.p.955

⁶² MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998,p.85

Art.59 . O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição
- II – leis complementares
- III- leis ordinárias
- IV- leis delegadas
- V- medidas provisórias
- VI - decretos legislativos
- VII- resoluções.

Parágrafo único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

O processo legislativo tem por eixo a proposição e que, em conformidade com⁶³ o art. 100 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, é definida como:

Art.100. Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara.

§ 1º As proposições poderão consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle.

§ 2º Toda proposição deverá ser redigida com clareza, em termos explícitos e concisos, e apresentada em três vias, cuja destinação, para os projetos, é a descrita no § 1º do art.111.

§ 3º Nenhuma proposição poderá conter matéria estranha ao enunciado objetivamente declarado na ementa, ou dele decorrente.

Uma vez lida a matéria no Plenário da Casa, inicia-se a análise da constitucionalidade da proposição, em que Presidente da Câmara, a seu juízo, pode considerar que a matéria possui vício de inconstitucionalidade, em conformidade com o art. 137 do Regimento Interno.

Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões.

§ 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que:

- I- não estiver devidamente formalizada e em termos;
- II – versar matéria;
 - a) alheia a competência da Câmara;
 - b) evidentemente inconstitucional;
 - c) antiregimental

⁶³ AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **O Controle Legislativo de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Fabris,2001,p.21

Caso a proposição seja devolvida, o autor da proposição poder recorrer ao plenário, para isso tem o prazo de cinco sessões da publicação do despacho, ouvindo-se a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em igual prazo. Caso seja acolhido o recurso, a proposição volta à Presidência para o devido trâmite. Havendo por parte do Presidente da Câmara, a admissibilidade a proposição é encaminhada às Comissões técnicas, obedecida a sua temática e o seu regime de tramitação.

3.1. Constitucionalidade e Inconstitucionalidade

Caso não houvesse a garantia e sanções contra os atos dos órgãos dos diversos poderes, o Estado democrático⁶⁴ ficaria enfraquecido. A idéia da tutela ou garantia da ordem constitucional tem por fim a defesa, proteção, jurídica do Estado.⁶⁵ Portanto, se garante a proteção a lei maior.⁶⁶

Gilmar Ferreira Mendes⁶⁷ trata da perspectiva da inconstitucionalidade em três perspectivas:

1 – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que este ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo;

2 – Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura;

3 – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do Congresso e é, por conseqüência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, ultra vires, isto é, nulo

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes.5.ed. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina,1992.p.969

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes.5.ed. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina,1992.p.970

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes.5.ed. **Direito Constitucional**. Idem,p.970

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2.ed.Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

No que se refere aos aspectos que podem determinar a inconstitucionalidade de uma lei têm-se os aspectos materiais e formais. No caso dos vícios materiais, tem-se o vício no conteúdo do ato, que envolve a contradição com o texto constitucional como o desvio ou excesso de poder legislativo.⁶⁸

Quanto ao vício formal, têm-se a violação dos pressupostos e procedimentos da feitura do próprio ato, ou seja quando as leis ou os atos vão de encontro às formalidade e procedimento definidos na Constituição⁶⁹ Bonavides⁷⁰ faz a seguinte assertiva a respeito do controle formal:

O controle formal é por excelência um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contraria preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como só acontece nos sistemas de organização federativa do Estado.

Os doutrinadores definem três sistemas de controle de constitucionalidade⁷¹:

a) Controle Político – onde o controle é exercido pelo Poder Legislativo. O controle político pode ser dividido em: controle prévio, que ocorre antes da votação da lei, e o controle a *posteriori*, que é feito após a votação da lei.

b) Controle Jurisdicional – onde o controle é feito pelo órgão maior do Poder Judiciário, e com respaldo constitucional exerce o controle constitucional de leis e atos normativos;

c) Controle Misto – onde o controle pode ser feito tanto por órgãos jurisdicionais, como por órgãos políticos.

O Executivo e o Legislativo têm um papel marcante em algumas questões relacionadas com o controle de legitimidade dos atos do Poder Público⁷²:

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2.ed. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999

⁶⁹ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Processo Legislativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.p.28

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**: O controle da Constitucionalidade das Leis. 13^ª. Ed Malheiro, 2003.

⁷¹ OLIVEIRA, Márcio Saturnino de. Controle de constitucionalidade: um breve ensaio. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=106>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

- o exercício do poder de veto com fundamento na inconstitucionalidade da lei, típica atribuição do Executivo entre nós;
- a possibilidade de suspensão de atos normativos que exorbitem dos limites estabelecidos em lei;
- a correção de decisões judiciais pelo Poder Legislativo;
- a possibilidade de anulação de atos normativos pelo Legislativo;
- a possibilidade de que o Executivo se negue a aplicar a lei com fundamento no argumento da inconstitucionalidade;
- a possibilidade de que se declare a nulidade de lei mediante ato de natureza legislativa.

O controle de constitucionalidade brasileiro é de natureza judicial, pois cabe ao Poder Judiciário a decisão sobre a constitucionalidade ou não de uma norma. No entanto, existem as instâncias no âmbito do Poder Executivo, quando o presidente veta uma lei por motivo de inconstitucionalidade, e no Poder Legislativo, nos casos de inadmissibilidade de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça.

3.2 Instrumentos de Controle Concentrado

3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin)

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ao normativo incompatível com a ordem constitucional. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.

A ADin, em virtude de sua natureza e finalidade especial, não é suscetível de desistência.

O ajuizamento da ADin não se sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo.

Cabe ao Procurador-Geral da República realizar o exame de admissibilidade de cada ADin proposta, a fim de verificar se os requisitos exigidos processual e materialmente estão nela presentes. Esse exame tem como escopo evitar o excesso de ações com o mesmo objeto e fundamento jurídico e evitar que ações de cunho meramente político ingressem no STF.

Cabe ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual, pois atua como curador especial do princípio da

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2.ed.Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999

presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, não lhe competindo opinar nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República, mas a função eminentemente defensiva.

Dessa forma, atuando como curador da norma infraconstitucional, o advogado-geral da União está impedido de manifestar-se contrariamente a ela, sob pena de ofensa frontal à função que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal e que configura a única justificativa de sua atuação processual, nesse caso.

As pessoas legitimadas para a propositura da ADin encontram-se no artigo 103 da CF.

3.2.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Trata-se de ação que visa combater a inércia do Estado em legislar ou regulamentar assunto previamente estipulado na Constituição Federal.

O objetivo desta ação é conceder plena eficácia às normas constitucionais que dependam de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento essa ação quando o Poder Público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribui.

São legítimos para a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão os mesmos nove autores legitimados para propor a ADin, previstas no artigo 103 da Constituição Federal. O procedimento a ser seguido pela por esta ação, é o mesmo da ação de inconstitucionalidade genérica.

É importante salientar que inexistente prazo para a propositura da presente ação, havendo, porém, necessidade de aferir-se caso a caso a existência do transcurso de tempo razoável, que já tenha permitido a edição da norma faltante.

Não é obrigatória a oitiva do advogado-geral da União nesta ação direta de inconst. por omissão, uma vez que inexistente ato impugnado a ser defendido. O Ministério Público, porém, sempre deverá se manifestar, antes da análise do Plenário, sobre a ação proposta.

A concessão de liminar é incompatível com o objeto da referida demanda. A Constituição Federal prevê que, 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 tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

3.2.3. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

Introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 03/93, como nova espécie de controle de constitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a

insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional.

Nesse ponto situa-se a finalidade precípua da ação declaratória: transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta em virtude de seus efeitos vinculantes. Portanto, o objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que, declarada a constitucionalidade da norma, o judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida.

Somente poderá ser objeto de ADC a lei ou ato normativo federal, sendo, porém, pressuposta, para o seu ajuizamento, a demonstração, juntamente com a petição inicial, de comprovada controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, a fim de permitir ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das alegações em favor e contra a constitucionalidade, bem como o modo pelo qual estão sendo decididas as causas que e envolvem a matéria.

A comprovação da controvérsia exige prova de divergência judicial, e não somente de entendimentos doutrinários diversos.

3.2.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

A Constituição Federal determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo STF, na forma da lei (Lei nº 9.882/99), que em complementação ao artigo 102, § 1º, Constituição Federal, tornou este instituto integrante de nosso controle concentrado de constitucionalidade.. Os legitimados ativos são os mesmos co-legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX, da CF).

Hipóteses de cabimento:

- a. para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público;
- b. quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Ressalte-se que a ADPF deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos. Igualmente a ADPF não será cabível contra Súmulas do STF, pois os “enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes”.

A ADPF tem caráter subsidiário, ou seja, só deve ser manejada quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. A medida liminar em ADPF

poderá ser deferida por decisão da maioria absoluta dos membros do STF, ou em caso de urgência, em período de recesso, pelo Ministro Relator, ad referendum do Plenário. O quorum para a instalação da sessão e decisão é de no mínimo dois terços dos Ministros e o efeito da decisão terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes ao órgãos do Poder Público.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em ADPF é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

3.2.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

Também conhecida como representação interventiva, o controle de constitucionalidade da intervenção federal adentrou no regime jurídico nacional a partir da Constituição de 1934, em seu art. 12,§2º.

A partir da Constituição de 1946, o Procurador Geral da República ganhou competência para impugnar a constitucionalidade de atos locais por violação aos princípios constitucionais sensíveis, sendo da competência do Supremo Tribunal Federal o respectivo julgamento.

Mesmo surgindo 19 anos antes da ação direta de inconstitucionalidade, a ação interventiva perdeu importância no cenário jurídico nacional. Isto se deveu ao fato de que a ação direta de inconstitucionalidade sujeitar um número maior de atos normativos e não gerar os inconvenientes da primeira.

3.3. Controle de Constitucionalidade no Poder Legislativo

O controle de constitucionalidade do Poder Legislativo está expresso no art. 14 do Regimento Interno da Câmara Federal, cabe à Mesa dirigir os trabalhos legislativos e os serviços administrativos da Câmara dos Deputados, e, como disposto no inciso IV do art. 15, “propor ação de inconstitucionalidade, por iniciativa própria ou a requerimento de Deputado ou Comissão”. As comissões emitem parecer de mérito e podem aprovar ou rejeitar uma determinada proposição.

Dentre as comissões tem-se a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania que trata da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e redação, e a Comissão de Finanças e Tributação que considera aspectos financeiros e orçamentários das proposições, ambas têm poder terminativo, sendo que a decisão pode ser objeto de recurso quando subscrita por um décimo dos membros da Casa Legislativa. Para Poletti⁷³:

⁷³ POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Uma forma de controle de constitucionalidade é o político, presente nos referidos controles exercidos pelo próprio Poder Legislativo ou por uma Corte Constitucional, acionada para uma manifestação prévia atinente a uma matéria em trâmite legislativo. No sistema judicial, como no sistema misto, adotado no Brasil, concentrado e difuso, há também uma forma de controle político só que preventivo, feito durante a elaboração legislativa, antes, portanto, do projeto de lei chegar ao fim do processo legislativo. Não se trata, assim, de um controle de constitucionalidade de lei, mas de evitar a lei incompatível com a Lei Maior. Por isso, o projeto de lei sofre, ou deveria sofrer, profundo exame das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso. E, se votado e aprovado, for encaminhado à sanção do Presidente da República, o mais alto magistrado da nação poderá vetá-lo por inconstitucionalidade. De fato, a Constituição estabelece que o Presidente da República, se julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional, vetá-lo-á (art.66,§1º)

3.4. Controle de Constitucionalidade do Poder Executivo

O controle de constitucionalidade do Poder Executivo é exercido quando o Presidente da República veta total ou parcialmente um projeto de lei. Não havendo a sanção presidencial o projeto é encaminhado ao Presidente do Poder Legislativo no prazo de 15 dias, explicitando os motivos que o levaram a decisão que pode ser jurídico que é o veto por inconstitucionalidade e o político quando o projeto vai de encontro aos interesses da população.

3.5. Controle de Constitucionalidade do Poder Judiciário

O sistema de controle judiciário pode ser difuso ou concentrado. Há controle difuso, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando "a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade"⁷⁴ e há controle concentrado toda vez que a competência para julgar essa questão é reservada a um único órgão. Quanto ao modo de exercício, o controle judiciário também pode ser classificado em incidental, por via de exceção, cabendo num caso concreto a alegação de inconstitucionalidade, daí esse controle também ser chamada de concreto, e controle principal, por via de ação direta proposta perante Tribunal especializado, na qual o objeto do processo é a inconstitucionalidade.

⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Idem

Em síntese, segundo Celso Ribeiro Bastos, "a via da ação tem por condão expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais", enquanto "a via da defesa ou de exceção limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício." ⁷⁵ A doutrina, tem entendido ser o judiciário o melhor caminho tendo em vista a ineficácia do controle político em virtude de atender interesses políticos e não se ater à verificação se o ato infringe ou não preceito constitucional.⁷⁶

A postulação de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, esta prevista no art. 102 que diz:

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;

4. ESTUDO DE CASO DE REGULAMENTOS OBJETOS DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado , expedido em nível infralegal e para dar cumprimento à lei, sob regime de direito público e sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional, com a finalidade de criar situações jurídicas individuais ou concorrer para a formação destas.⁷⁷

A decomposição do ato administrativo conduz basicamente a dois elementos: conteúdo e forma, sendo o conteúdo a própria manifestação de vontade, que constitui a essência do ato. Para Bandeira de Melo :

O conteúdo é mais comumente designado pelo termo objeto, embora, a rigor, não se confundam as duas figuras; o conteúdo

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 341/342

⁷⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. "Apontamentos sobre controle de constitucionalidade", in Revista da Procuradoria do Estado, nº 34, dez. 1990, pp. 28-30

⁷⁷ ARAÚJO, Florivado Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.p. 62

dispõe sobre algo, que é o objeto do ato. A forma é o modo como se revela a declaração jurídica, é a exteriorização do conteúdo.⁷⁸

Para Araújo,⁷⁹ todo ato administrativo tem como fundamento de sua formação o sujeito, o motivo e a finalidade, sendo o sujeito aquele que emite o ato, o motivo é o pressuposto fático que autoriza ou obriga a prática do ato e a finalidade é o objetivo que o ato deve atingir. Será sempre objetivo de interesse público e deve estar previsto no ordenamento jurídico.

Considerando que os atos administrativos devem estar alicerçados na lei e visando o seu cumprimento, o princípio da legalidade leva à consequência fundamental de que todo ato deve trazer a demonstração de sua conformidade com a ordem jurídica. Portanto, mesmo no exercício da discricionariedade é fundamental a inovação do princípio da legalidade, como fundamento da exigência da motivação. Outro aspecto importante é a questão da razoabilidade que parte da constatação de que a lógica formal, ou seja, a lógica do racional, não esgota a totalidade da razão.⁸⁰

A administração pública tem um profundo conteúdo social em sua atividade, e tem suas ações regidas pelas exigências do interesse público e da vontade da lei. Por isso existe a submissão incondicional por parte dos órgãos que organizam e mantêm os bens e interesses públicos à ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, portanto existe o império da ordem jurídica.⁸¹

Essa submissão na ordem jurídica não compreende apenas as atividades administrativas do Estado, como também todo o exercício das atividades estatais (legislativas, administrativas e jurisdicionais). A origem do Estado Democrático de Direito consiste num ato institucional limitativo em decorrência da constituição da sua atividade, que vincula o desempenho da ação estatal, tendo por finalidade a edição que é a função legislativa e realização como é o caso das funções

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Ato administrativo e Direito dos Administtrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981,p.37

⁷⁹ ARAÚJO, Florivado Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.p. 64

⁸⁰ ARAÚJO, Florivado Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.p. 102

administrativas e jurisdicional do direito, aos cânones da ordem jurídica vigente e do interesse público.⁸²

As atividades estatais do Estado Democrático de Direito tem a responsabilidade de efetivar os objetivos do corpo social e, portanto, não pode ser vedado o acesso do indivíduo ao conhecimento de como, quando, onde e porque estão sendo orientados daquela ou de outra maneira os recursos pertencentes a todos. É indispensável o controle das atividades estatais pela sociedade e pelo próprio Estado, em conformidade com a lei, destinado a preservação das instituições democráticas.⁸³

Esse é o motivo principal para a formação de meios de controle da atividade estatal pelo ordenamento jurídico, seja ele efetuado no seio da administração pública, seja ele realizado por órgãos estranhos ao seu corpo ordinário. Por isso tem por finalidade conformar, analisar e retificar as ações que se reivindicam em favor do interesse público e da legalidade, de acordo com o ordenamento jurídico, servindo para orientar, eficazmente e objetivamente, a atividade do administrador pela coletividade.⁸⁴

O controle administrativo compreende o autocontrole, representa as atividades da própria administração pública em adequar internamente o seu comportamento às exigências estabelecidas pelo binômio que rege o regime jurídico-administrativo, onde prevalece o interesse público, efetuando a autotutela irrestrita do mérito e da juridicidade de seus próprios atos e da conduta dos agentes que a integram.⁸⁵ Como ensina José Alfredo de Oliveira Baracho⁸⁶ :

⁸¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.115

⁸² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva,p.80

⁸³FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.116

⁸⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.116

⁸⁵ Idem,p.117

⁸⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. P.35

O direito à tutela jurisdicional é o direito que toda pessoa tem de exigir que se faça justiça, quando pretenda algo de outra, sendo que a pretensão deve ser atendida por um órgão judicial, através de processo onde são reconhecidas as garantias mínimas.

Importante destacar que há requisição da atividade jurisdicional somente quando da falência do acordo e da autocomposição pacífica e legal nos conflitos de interesses . O direito de ação deve ser o último recurso legal para a supressão dos desvios do desempenho da função administrativa pelos agentes públicos.⁸⁷

É competência do poder judiciário intervir, quando requerida a atividade jurisdicional, para a retificação dessas contradições na ação do poder público, sendo essa intervenção condicionada ao que permitir o ordenamento jurídico em vigor, pois do contrário resultaria a interferência deste nas atividades primariamente desenvolvidas pelo Poder Executivo e Poder Legislativo.

Necessário se faz ressaltar que toda a atividade da administração pública encontra-se sujeita à apreciação do controle jurisdicional, exercido pelo Poder Judiciário, quando solicitado por que sofreu lesão ou ameaça a direito. Contudo, isso não significa que a atividade administrativa deva submeter-se total e incondicionalmente às decisões judiciais.⁸⁸

O controle jurisdicional dos atos administrativos está inserido no que se denomina controle jurisdicional da administração pública, sendo esta uma expressão que representa uma maior amplitude , pois envolve a apreciação jurisdicional não somente dos atos administrativos, mas também dos contratos, das atividades ou operações materiais e mesmo da omissão ou inércia da Administração.⁸⁹

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1075 MC Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade relatada pelo Ministro Celso de Mello onde o requerente foi a Confederação Nacional do Comércio –CNC publicado no DJ 24.11.2006

⁸⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. P.35

⁸⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.119

É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento).

- A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

- O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais

O poder regulamentar deferido aos ministros de estado, embora de extração constitucional, não legitima a edição de atos normativos de caráter primária, estando necessariamente subordinado, no que concerne ao seu exercício, conteúdo e limites, ao que prescrevem as leis e a constituição da república

- A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "ope constitutionis", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União.

- As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário. Doutrina. Jurisprudência.

- Poder regulamentar e delegação legislativa: institutos de direito público que não se confundem. Inocorrência, no caso, de outorga, ao Ministro da Fazenda, de delegação legislativa. Reconhecimento de que lhe assiste a possibilidade de exercer competência regulamentar de caráter meramente secundário.

O Tribunal, por votação majoritária, conheceu da ação direta quanto ao art. 3º e seu parágrafo único da Lei nº 8.846, de 21/01/94, vencido o Relator Ministro Celso de Mello. Prosseguindo no julgamento do pedido de medida cautelar, referente a essa norma legal, o Tribunal, por votação unânime, suspendeu, com eficácia ex nunc, até final julgamento da ação direta, a execução e a aplicabilidade do art. 3º e seu parágrafo único da Lei nº 8.846, de 21/01/94

Essas noções sobre o controle jurisdicional da administração pública constituem elementos indispensáveis para a compreensão da atuação do Poder

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. Revista dos Tribunais, 2000. p.159-160

Judiciário na apreciação da conformidade dos atos administrativos em relação à lei e ao interesse público. O controle jurisdicional dos atos administrativos, como toda modalidade de controle judiciário, caracteriza-se de acordo com a doutrina e jurisprudência por ser realizado de forma *posteriori*, ou seja, após a conclusão do ato contestado, cuja desconformidade com o ordenamento jurídico somente será apreciada se levada à apreciação jurisdicional pela ação adequada; versar exclusivamente sobre a legalidade do ato administrativo, sendo proibido ao Poder Judiciário envolver-se na esfera de competência da Administração sem a devida permissão legal.⁹⁰

Para Odete Medauar⁹¹ as conseqüências mais comuns do controle jurisdicional dos atos administrativos, decorrentes das decisões definitivas e consolidadas do Poder Judiciário, são: a suspensão de atos ou atividades pela qual o Poder Judiciário inviabiliza ou paralisa a continuidade dos efeitos ilegais que eram pretendidos pela Administração; a anulação do ato eivado de ilegalidade, retirando-se do regime jurídico-administrativo; a imposição de fazer ou deixar de fazer determinação judicial de uma conduta específica para a Administração; a imposição de pagar, de honrar os débitos da Fazenda Pública; e a imposição de indenizar, quando suscita a responsabilidade a responsabilidade civil do Estado.

A existência material do ato administrativo é determinada pela forma e pelo conteúdo, independente de sua conciliação ou não com o regime jurídico-administrativo. Mas é exigido do conteúdo do ato natureza normativa e seu acatamento pelos administrados. Sem esses elementos, o provimento administrativo não existe como ato nem como fato.⁹²

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior,⁹³ a validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si, dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O

⁹⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.121

⁹¹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. Revista dos Tribunais, 2000,p.159-160

⁹² MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 1996. p.182-184

⁹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980. p.205

contexto, como um todo, tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente dir-se-ia que a validade de uma norma depende do ordenamento no qual está inserida.

O ato administrativo presume-se válido em virtude da presunção de legitimidade de que gozam quando ingressam formalmente no sistema de direito positivo. Todo o ato administrativo é idôneo para produzir os seus efeitos jurídicos, até a comprovação definitiva de sua invalidade, podendo haver a sustação provisória dos mesmos enquanto pendente a aferição de sua coerência e afinidade para com o sistema de direito positivo.⁹⁴

A estabilidade da validade do ato administrativo depende de sua efetiva subordinação aos cânones do direito positivo. Para o ato jurídico ser materialmente válido no regime jurídico-administrativo, é preciso haver competência, conteúdo lícito, obediência a forma prescrita em lei, bem como ser precedido de motivo juridicamente aceito e orientação para a tutela do interesse público.⁹⁵

Na Ação Civil Originária n. 1048, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, em decisão publicada no dia 31 de outubro de 2007 no Diário da Justiça p. 77 que trata da inclusão no CADIN/SIAFI, do Estado do Rio Grande do Sul, em virtude de divergências na prestação de contas do Convênio do MJ N^o 019/2000 – conseqüente imposição, ao Estado-membro das respectivas obrigações, de limitação de ordem jurídica, necessária á observância da garantia constitucional do devido processo legal como requisito legitimador da inclusão, no CADIN/SIAFI, de qualquer entre estatal – litígio que se submete à esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, "f"), atribuindo, ao STF, a condição institucional de dirimir as controvérsias, entre as unidades que compõem a Federação.

Essa função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe o dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e pelo equilíbrio das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "f", da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação.

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22.ed. São Paulo, RT, 1997

⁹⁵ TÁCITO, Caio. **Ato e fato administrativos**. São Paulo, Saraiva, 1995

A imposição estatal de restrições de ordem jurídica quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do "due process of law", assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1553, onde o requerente é o governador do Distrito Federal e o Requerido é a Câmara Legislativa do Distrito Federal, publicado no Diário da Justiça de 17 de setembro de 2004, onde se mostra constitucional decreto legislativo que implique sustar ato normativo do Poder Executivo exorbitante do poder regulamentar. O regulamento pressupõe a observância do objeto da lei. O decreto exorbita na medida em que, faz a aplicação do teto de remuneração de servidores considerada a administração direta, autárquica e fundacional, viabiliza a extensão às sociedades de economia mista e empresas públicas.

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de inépcia e de prejuízo da ação. No mérito, também por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 111, de 06 de dezembro de 1996, no que veio a sustar a eficácia, no Decreto nº 17.128, de 31 de janeiro de 1996, do Distrito Federal, relativamente ao artigo 1º, cabeça, ao § 1º, ao § 2º, incisos I e II, e ao § 3º, nele inserido, bem como dos artigos 6º e 7º, nos termos do voto do Relator.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1429, onde o Ministro Carlos Velloso foi o relator e o requerente o Partido dos Trabalhadores e o requerido o Presidente da República. Trata-se de ação direta em que é argüida a inconstitucionalidade dos §§ 8º, 9º e 10º do art. 2º e, ainda, do art. 9º, do Decreto 1.775, de 09.01.96, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

Aditando a inicial, o autor requereu "que a presente ação se processe também contra a íntegra do Decreto (...), na eventualidade do entendimento desta Excelsa Corte ser no sentido de considerar que a declaração de inconstitucionalidade da parte impugnada desfigurasse todo o ato normativo atacado".

Nas informações, o Sr. Presidente da República sustenta o não cabimento da ação. Oficiando nos autos, pronunciou-se a Procuradoria-Geral da

República pelo não conhecimento da ação. Os autos vieram-me conclusos no dia 5 do corrente mês. Destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República, lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral Flávio Giron, com aprovação do não menos ilustre Procurador-Geral Geraldo Brindeiro:

"(...)

Cinge-se a controvérsia no fato de o decreto hostilizado ter supostamente exorbitado do seu poder regulamentar, uma vez que o mesmo conferiu ao Ministro da Justiça a atribuição para resolver o conflito decorrente do entendimento do órgão indigenista federal e a impugnação feita por um estado federado, um município ou por particulares interessados em partes das terras a serem demarcadas, criando um contencioso administrativo para resolver um conflito de interesses, sem qualquer necessidade e previsão legal.

O assunto em tela era tratado anteriormente pelo Decreto nº 22/91 cujo texto fora totalmente revogado pelo hostilizado Decreto nº 1.775/96. O decreto revogado, que também tratava do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, foi alvo de propositura de duas ações diretas de inconstitucionalidade. Esta Egrégia Corte Suprema, ao apreciar as referidas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIMC nº 710-6/RR e nº 977-0/PA), se pronunciou no seguinte sentido:

'Ação direta de inconstitucionalidade - Atos materialmente administrativos. A ação direta de inconstitucionalidade é meio impróprio ao ataque de atos meramente administrativos. Isto ocorre quando se impugna decreto do Chefe do Poder Executivo com o qual se disciplina a demarcação de terras indígenas e se traçam parâmetros para a atividade administrativa a ser desenvolvida. Possível extravasamento resolve-se no âmbito da ilegalidade.'

Assim verifica-se ser a ação direta de inconstitucionalidade meio impróprio para atacar atos meramente administrativos que disciplinem a demarcação de terras indígenas. Isto exposto, opina o Ministério Público Federal, por seu órgão, pelo não conhecimento da presente ação.

(...)" (fls. 78/79)

Correto o parecer.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que os atos de efeitos concretos não se sujeitam ao controle de constitucionalidade, em abstrato (ADIn 643-SP, Relator Ministro Celso de Mello, "DJ" de 03.4.92), e bem assim não são passíveis de fiscalização jurisdicional, no controle concentrado, os atos meramente administrativos (ADIn 1.544-DF, Relator o Ministro S. Sanches). Também o regulamento não está, de regra, sujeito ao controle de constitucionalidade. É que, se o decreto regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou nega algo que a lei concedera, pratica ilegalidade. A questão, nesta hipótese, comporta-se no contencioso de direito comum, não integrando o contencioso constitucional. Tem-se, no caso, ato meramente administrativo.

Em caso igual, ADIn 977-PA, Relator o Ministro Marco Aurélio, decidiu o Supremo Tribunal Federal: A ação direta de inconstitucionalidade é meio impróprio ao ataque de atos meramente administrativos. Isto ocorre quando se impugna decreto do Chefe do Poder Executivo com o qual se disciplina a demarcação de terras indígenas e se traçam parâmetros para a atividade administrativa a ser desenvolvida. Possível extravasamento resolve-se no âmbito da ilegalidade." Assim posta a questão, nego seguimento à ação e determino o seu arquivamento. Publique-se. Brasília, 10 de maio de 1999. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator –

Os decretos são atos emanados pelo Chefe do Poder Executivo, são subordinados à lei, não têm o poder de inovar na ordem jurídica. A lei, por sua vez, origina-se do Poder Legislativo, ressalvadas as hipóteses de lei delegada e medidas

provisórias, as quais originam-se do Poder Executivo; mas ambas subordinam-se à Constituição e podem inovar na ordem jurídica. A lei, por ser produção do Poder Legislativo, onde se congregam os mais variados segmentos sociais, por ter processos de elaboração e votação complexos e amplamente públicos, por passar por discussão técnica e política e por ser mais estável, oferece à sociedade uma maior estabilidade e possibilidade de controle mais efetivo.

Sinteticamente, Carlos Mário da Silva Velloso leciona que o regulamento é ato administrativo editado pelo Poder Executivo, diferenciando-se da lei em sentido formal; mas que a ela se assemelha, em sentido material, por conter regra de caráter geral abstrato e obrigatório.⁹⁶ Portanto, para que exista o regulamento pressupõe-se a existência de uma lei que comporte regulamentação ou cuja execução caiba ao Chefe do Poder Executivo, não auto-executável, na qual claramente ficou expresso que deveria ser regulamentada.⁹⁷

No recurso especial nº 1.053.137 - SP (2008/0094099-2), relatado pelo Ministro Francisco Falcão em que o recorrente foi o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, que baseado no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que concluiu ser dispensável a presença de profissional farmacêutico em dispensário de medicamentos, tendo em vista que o decreto regulamentador teria extrapolado os limites traçados pela lei regente da matéria e que é ilegítima a atuação do estabelecimento ora recorrido.

A recorrente, entende que feriu-se os artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil, "uma vez que, a despeito dos embargos de declaratórios opostos, a D. Turma insiste em não se manifestar sobre os dispositivos legais que lhe foram submetidos". Ainda, diz terem sido contrariados os artigos 19 da Lei n. 5991/73 e 24 da Lei n. 3860/60, além do artigo 1º do Decreto n. 85878/81, à consideração de que se o legislador pretendesse excluir o dispensário de medicamentos da assistência farmacêutica, o teria incluído no rol do referido artigo 19. Em seu relatório o Ministro Francisco Falcão emitiu o seguinte entendimento *in verbis*:

⁹⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder regulamentar. *In*: _____. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 422.

⁹⁷ *Ibidem*, Ob. cit. p. 436.

De início, cumpre afastar a suposta violação aos artigos 458 e 535 do CPC, eis que o Tribunal a quo ao apreciar a demanda manifestou-se sobre as questões pertinentes à litis contestatio, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis. Como é de sabença geral, o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes. As proposições poderão ou não serem explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

(...)

Não se verifica a alegada afronta ao art. 535 do CPC, uma vez que o aresto recorrido, ainda que não tenha citado expressamente os respectivos dispositivos constitucionais, cuidou de enfrentar todos os temas abordados.

Neste entendimento decidiu-se que:

1 - Inexiste violação ao art. 535, I e II, do CPC, se o Tribunal a quo, de forma clara e precisa, pronunciou-se acerca dos fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada.

2 - Agravo improvido" (AGREsp n.º 109.122/PR, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 08/09/2003, p. 00263). No mais, "está pacificado no STJ que os dispensários de medicamentos localizados em hospitais não se sujeitam à exigência legal da presença de farmacêutico para funcionamento. (Resp 550.589/PE, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 15.03.2004; Resp 603.634/PE, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 07.06.2004). (AgRg no AgRg no Ag 686527/SP, Primeira Turma, DJ de 07.11.2005). Aplicação da Súmula n. 83/STJ, na espécie. Estas as razões, NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial, com arrimo no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil.

Quando um ato administrativo é atentatório aos princípios e regras do ordenamento jurídico, sua permanência no regime jurídico-administrativo torna-se passível de ser contestada e passa a ficar sujeito a invalidação.

Na ADI 2618 onde o relator foi o Ministro Carlos Velloso, o requerente o partido social liberal e o requerido foi a corregedoria-geral da justiça do Estado do Paraná. Em que o Partido Social Liberal, com fundamento nos arts. 102, I, a e p, e 103, VIII, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, do Provimento nº 34, de 28 de dezembro de 2000, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A norma acoimada de inconstitucional tem o seguinte teor: Provimento nº 34, de 28.12.2000. Capítulo 18, Juizado Especial Criminal. Seção, 2,

Inquérito Policial e Termo Circunstanciado: "18.2.1 " A autoridade policial, civil ou militar, que tomar conhecimento da ocorrência, lavrará termo circunstanciado, comunicando-se com a secretaria do juizado especial para agendamento da audiência preliminar, com intimação imediata dos envolvidos." (Grifamos). O autor diz, inicialmente, que o ato impugnado, o qual possibilita o conhecimento de termos circunstanciados lavrados pela Polícia Militar, segundo o art. 69 da Lei 9.099/95, não possui caráter regulamentar, dado que o referido dispositivo legal não prescreve que deva ser regulamentado, e, mesmo que o fizesse, a competência para tal ato seria do Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal. Afirma, ainda, que o Provimento, no ponto indicado, tem o intuito de inovar o ordenamento jurídico estadual, atribuindo à Polícia Militar competência que não detinha, criando procedimento de Direito Processual Penal, sujeitando-se, portanto, ao controle concentrado, por se mostrar genérico e abstrato. Sustenta, mais, em síntese, o seguinte: a) afronta à competência legislativa federal, a teor do art. 22, I, da Constituição Federal, mormente porque a definição do modo de agir de um agente público para a realização de ato cujo escopo é deflagrar a persecução penal revela-se como matéria de Direito Processual Penal; ademais, há também vulneração ao princípio da legalidade, em face da edição de ato de natureza infralegal; b) ofensa à repartição constitucional de competências entre as polícias civil e militar, porquanto o art. 144, §§ 4º e 5º, da C.F./88, estabelece que compete à polícia civil as funções de polícia judiciária, enquanto que à polícia militar compete as funções de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública;c) contrariedade ao princípio da repartição dos poderes, dado que não pode o Poder Judiciário editar norma que tenha por fim definir novas atribuições e competências às polícias civil e militar, que são órgãos vinculados ao Poder Executivo. Finalmente, sustentando a ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, especialmente porque os policiais militares, sem formação superior em Direito, não têm habilitação adequada para realizar a tipificação dos crimes, decidir pela incidência do procedimento da Lei 9.099/95 e lavrar termos circunstanciados, pede o autor "a concessão da medida cautelar liminar, inaudita altera pars, visando a suspensão, no ponto, do Provimento nº 34/2000, de 28 de dezembro de 2000, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná" (fl. 18).

Decisão

a) inadequação da via eleita (ação direta de inconstitucionalidade), uma vez que o ato impugnado, Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, é provimento que "visa à uniformidade de procedimentos e, para tanto, interpreta, ou regulamenta, dispositivo de norma infraconstitucional" (fl. 217), não tendo efeito vinculante senão para os serventuários da justiça, certo que, sendo regulamentar o ato impugnado, não pode ser acoimado de inconstitucional, resolvendo-se a questão no campo da legalidade, mediante o confronto com a legislação ordinária; b) constitucionalidade do ato impugnado, mormente porque o art. 69 da Lei 9.099/95, "ao dispor que o termo circunstanciado será lavrado pela autoridade policial, tão logo tome conhecimento da ocorrência, não afastou a possibilidade de a polícia militar ser assim considerada" (fl. 217); ademais, não sendo o termo circunstanciado inquérito policial, mas tão-somente comunicação de fato relevante à autoridade judiciária, não há porque atribuir a competência para lavrá-lo exclusivamente à polícia civil, vedando tal prerrogativa aos demais órgãos da segurança pública relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

O ato administrativo é juridicamente eficaz quando, juridicizando o fato, possui idoneidade para determinar, formar e regular as situações jurídicas individuais que são objetos do regime jurídico-administrativo. Tal característica decorre da inexistência de entraves para que o ato produza seus efeitos típicos, já que do ponto de vista sociológico, há eficácia quando há a conformação da conduta ao preceito normativo.⁹⁸

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho considerou a questão da Ação Direta de Inconstitucionalidade em virtude da exorbitância do poder regulamentar. Tal reflexão se deve ao entendimento de que na produção legislativa e conseqüentemente na aprovação da leis se tem um viés muito mais político do que técnico. Esse fato evidencia que o Poder Executivo no desempenho de sua função de regulamentação, entendida como um ato administrativo geral e normativo, cujo o objetivo maior é explicitar a forma de execução da lei, termina por exorbitar o texto da lei.

Considerando que os regulamentos editados pelo Poder Executivo são atos normativos subordinados à lei e tem por fundamento o art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, tem-se um cenário de complexidade quando a ação normativa do Executivo incide sobre o universo da lei. Para a análise de casos concretos o trabalho considerou :

1) a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1075 MC Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade relatada pelo Ministro Celso de Mello onde o requerente foi a Confederação Nacional do Comércio –CNC

⁹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980. p.200-202

2) a Ação Civil Originária n. 1048, o Ministro Celso de Mello que trata da inclusão no CADIN/SIAFI, do Estado do Rio Grande do Sul, em virtude de divergências na prestação de contas do Convênio do MJ N° 019/2000.

3) a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1553, o Ministro Marco Aurélio onde o requerente é o governador do Distrito Federal e o Requerido é a Câmara Legislativa do Distrito Federal, que trata de sustação de ato normativo do Poder Executivo exorbitante do poder regulamentar.

4) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1429, onde o Ministro Carlos Velloso foi o relator e o requerente o Partido dos Trabalhadores e o requerido o Presidente da República. Trata-se de ação direta em que é argüida a inconstitucionalidade dos §§ 8º, 9º e 10º do art. 2º e, ainda, do art. 9º, do Decreto 1.775, de 09.01.96, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

5) o recurso especial n° 1.053.137 - SP (2008/0094099-2), relatado pelo Ministro Francisco Falcão em que o recorrente foi o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, que baseado no no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que concluiu ser dispensável a presença de profissional farmacêutico em dispensário de medicamentos, tendo em vista que o decreto regulamentador teria extrapolado os limites traçados pela lei regente da matéria e que é ilegítima a autuação do estabelecimento ora recorrido.

6) a ADI 2618 onde o relator foi o Ministro Carlos Velloso, o requerente o partido social liberal e o requerido foi a corregedoria-geral da justiça do Estado do Paraná. Em que o Partido Social Liberal, com fundamento nos arts. 102, I, a e p, e 103, VIII, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, do Provimento n° 34, de 28 de dezembro de 2000, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

A Administração Pública, conforme disposto no art. 37 da CF, deve cumprimento expresso aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entretanto, a própria lei lhe oferece meios para que possa independentemente dos demais poderes atender, dentro de tais princípios e munida dos poderes vinculados e discricionários, os fins desejados tendo sempre como finalidade maior o interesse público.

A atribuição ao judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor de proporcionalidade da aplicação da norma legal pretenderia substituir a vontade da lei pela vontade do juiz, tendo em vista que a avaliação da proporcionalidade passaria às suas mãos.

A proporcionalidade é princípio jurídico que suscita certa controvérsia no cotidiano forense á medida em que não é princípio constitucionalmente expresso e se discute sua designação, conteúdo e alcance.

Tal princípio objetiva instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso. Consiste, em linhas gerais, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições, ou sanções, em medidas superiores ao estritamente necessário ao atendimento do interesse público, no caso específico dos atos administrativos. Em outras palavras implica na busca de uma relação de equilíbrio entre o exercício do poder do administrador e a preservação dos direitos do cidadão, através do emprego de meios adequados e necessários à consecução das finalidades públicas, vedadas à utilização de meios desproporcionais.

O ato administrativo diz-se viciado quando contiver algum atentado à ordem jurídica. Excetuando-se a disposição constitucional em contrário, o Poder Judiciário pode ser provocado para declarar o ato administrativo inválido quando sua manutenção implica quebra do regime jurídico-administrativo.

O Poder Judiciário não esta restrito à apreciação da legalidade exterior do ato administrativo. Também pode investigar os aspectos não vinculados do ato

administrativo, a fim de assegurar tão somente que o administrador ateu-se ao espaço que lhe cabia na formação e concretização do ato administrativo. Constatado o vício, não há outra saída senão invalidá-lo. Caso ocorra esse fato tem-se a discricionariedade administrativa inválida.

No ato jurídico privado, as razões que o inspiraram, tal como os objetos a ser alcançados são irrelevantes para sua validade. Já no ato jurídico público, e em especial o ato administrativo, a manifestação da vontade do agente público, terá, necessariamente, que dirigir a observância da finalidade específica relacionada com a natureza da atividade exercida. Em havendo desvio da finalidade legal cabível para o caso concreto, a juridicidade do ato está necessariamente comprometida, mesmo se a finalidade argüida seja também uma finalidade legal.

A identificação dos limites do poder discricionário depende primordialmente do processo interpretativo lógico, a ser desenvolvido pelo administrador, dos preceitos jurídicos. Conseqüentemente os limites da discricionariedade administrativa seriam construídos sobre a hermenêutica jurídica, aplicada a conceitos legais. Os conceitos de puro valor constituiriam pontos intocáveis à apreciação subjetiva do administrador, somente podendo ser preenchidos pela concepção sócio-política vigente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Cristiano J. O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica. São Paulo : RT, 1992.

ARAÚJO, Florivado Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **O Controle Legislativo de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**.

BARROS, Cristiane Gouveia de. **Teoria geral do direito e lógica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. *In: _____*
Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1984

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional: O controle da Constitucionalidade das Leis**. 13^o. Ed Malheiro, 2003

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 15^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2^a. ed. rev/amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2000.

DEL NEGRI, André L. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo**. Disponível em http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/elementos_para_uma.htm Acesso em 03 de Agosto de 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

KELSEN, Hans **Teoria Pura do Direito**. São Paulo : Martins Fortes, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. Revista dos Tribunais, 2000,p.159-160

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Ato administrativo e Direito dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2ª ed. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2.ed.Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro : Forense, 1982.

OLIVEIRA, Márcio Saturnino de. Controle de constitucionalidade: um breve ensaio. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=106>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Processo Legislativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADIN nº 1.296 /PE – Pernambuco – medida cautelar – Relator: Celso de Mello, DJ 14/06/95 disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 12 mar. 2008.

TÁCITO, Caio. **Ato e fato administrativo**. São Paulo, Saraiva, 1995

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder regulamentar. *In*: _____. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

