

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA**  
**CURSO DE GESTÃO PÚBLICA**

Ana Raquel de Campos Braga

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS  
AUTÔNOMOS**

Belo Horizonte  
2016

Ana Raquel de Campos Braga

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS  
AUTÔNOMOS**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Filosofia e  
Ciências Humanas da Universidade  
Federal de Minas Gerais, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel  
em Gestão Pública.

Orientadora: Marjorie C. Marona

Belo Horizonte  
2016

Ana Raquel de Campos Braga

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS  
AUTÔNOMOS

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Filosofia e  
Ciências Humanas da Universidade  
Federal de Minas Gerais, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel  
em Gestão Pública.

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Marjorie Correa Marona UFMG/DCP

---

Prof. Dr. Bruno Pinheiro Wanderley Reis UFMG/DCP

## **AGRADECIMENTOS**

Certamente estes parágrafos não irão contemplar a todos que marcaram minha vida durante esse período tão importante. Realmente, fui muito abençoada ao longo do caminho e, por isso, já peço desculpas àquelas que não estão presentes nessas palavras, mas asseguro que fazem parte dos meus pensamentos e de minha gratidão.

Começo agradecendo aos professores do Departamento de Ciência Política por dividirem seus conhecimentos e me apresentarem a Gestão Pública, pela qual me apaixonei. Agradeço especialmente a minha orientadora Marjorie Marona pela disposição e o cuidado minucioso com meu trabalho.

Agradeço a minha família que por amor me deu a mão e caminhou comigo, sem vocês a jornada seria mais difícil.

Meus sinceros agradecimentos a Gerência de Direitos Humanos da ALMG, pelo convívio, pelo apoio, pela compreensão e pela amizade.

Agradeço, também, aos moradores da Moradia Universitária por terem se tornado parte da minha família. Vocês fizeram parte da minha formação e certamente continuarão presentes em minha vida.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

O debate sobre o presidencialismo evoluiu da crítica referente ao seu suposto perigo à manutenção da democracia para a visão de que os presidentes dispõem de instrumentos que possibilitam a construção e gerenciamento de coalizões, que garantiriam, assim, a sua sobrevivência. Dessa forma, dentre os instrumentos disponíveis ao presidente brasileiro, destaca-se nesse trabalho a novidade do decreto autônomo, como um instrumento ativo de intervenção do Executivo no processo Legislativo. Afinal, com o advento da Emenda n. 32 de setembro de 2001, os decretos presidenciais passaram a ser concebidos como atos normativos autônomos, tendo seus limites previstos no texto constitucional. Dessa maneira, a alteração constitucional aclarou a diferença entre o decreto “autônomo” e o “regulamentar”. Todavia, como os estudos sobre o decreto autônomo focam em seu aspecto jurídico dentro do direito Pátrio, busca-se verificar seu peso dentro das opções de "ferramentas" disponíveis ao Poder Executivo, enfatizando-se, também, seu controle, uma vez que temos como princípio a manutenção do equilíbrio entre os poderes. Esse trabalho, portanto, tem como objetivo apresentar uso deste decreto pela presidência, assim como debater seu controle de constitucionalidade uma vez que, este se constitui em freio de maior importância para o funcionamento harmonioso das instituições políticas. Para atingir esse objetivo uma busca foi realizada no fundamento legal disposto no preâmbulo de todos os decretos editados a partir da publicação da EC 32/2001, a fim de verificar quais têm fundamentação exclusiva no artigo 84, inciso VI, alíneas “a” ou “b”, da Constituição Federal, que tratam do decreto autônomo. Assim, verificou-se que o instrumento têm sido amplamente utilizado pela presidência. Nesse sentido, ressalta-se a importância da possibilidade de controle de constitucionalidade como freio de um instrumento que ampliou os poderes do Executivo.

**Palavras-chave:** Presidencialismo; Separação de Poderes; Controle de Constitucionalidade; Poder de Decreto; Decreto Autônomo.

## ABSTRACT

The presidentialism debate has evolved from criticism relating to its supposed danger to the maintenance of democracy to the view that the presidents have instruments that enable building and management of coalitions, which would ensure their survival. Thus, among the instruments available to the Brazilian presidents, in this paper the novelty of the autonomous decree stand out, as an active instrument of Executive intervention in the legislative process. After all, with the advent of the constitutional amendment n. 32 from September 2001, the presidential decrees could now be designed as autonomous normative acts, having its limits in the Constitution. In this way, the constitutional amendment clarified the difference between "autonomous" and the "regulating" decrees. However, as the study of the autonomous decree focus on their legal aspect within the Brazilian law, the current study seeks to check the weight of autonomous decree among available "tools" to the Executive, emphasizing also its control, since we have the principle to maintain equilibrium among powers. Therefore, this work aims to present the use of this decree by the presidency, as well as discussing its constitutionality control since this constitutes a highly important way of guaranteeing the harmonious functioning of political institutions. To achieve this goal a search was conducted on legal foundation stated in the preamble of all edited decrees since the publication of the EC 32/2001 in order to check which ones have exclusive basis in Article 84, section VI, paragraphs "a" or "b", of the Federal Constitution, that deals with the autonomous decree. As a result, it was found that this instrument has been widely used for the presidency. In this regard, emphasizes the importance of the possibility of judicial review to impose limits on an instrument that expanded the powers of the Executive.

**Keywords:** Presidentialism, Separation of Powers; Constitutional review; Decree Power; Autonomous Decree.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

QUADRO 1 - Balanço entre poderes e seus efeitos	18
GRÁFICO 1 - Porcentagem de Decretos Autônomos	48

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

EC 32/2001 – Emenda Constitucional Nº 32, De 11 de Setembro De 2001

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. A SEPARAÇÃO DE PODERES .....	12
2. PRESIDENCIALISMO .....	20
2.1 O presidencialismo brasileiro .....	27
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS AUTÔNOMOS ...	29
3.1 Aspectos gerais do Controle de Constitucionalidade.....	29
3.1.1 Modalidades de controle. ....	30
3.1.1.1 Quanto à natureza do órgão controlador .....	30
3.1.1.2 Quanto ao momento do controle .....	30
3.1.1.3 Quanto ao modo de controle judicial .....	32
3.1.2 Espécies sujeitas a controle.....	34
3.2 A oitava espécie normativa brasileira: o decreto autônomo no STF .....	35
3.2.1 Diferenciação entre decreto autônomo e o regulamentar .....	37
3.2.2 A divergência doutrinária sobre o decreto autônomo .....	39
3.3 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos.....	40
3.3.1 Controle de legalidade dos decretos regulamentares. ....	40
3.3.2 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações doutrinárias e jurisprudenciais.....	41
4. UM NOVO INSTRUMENTO (ATIVO) DE INFLUÊNCIA DO EXECUTIVO .....	46
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

## INTRODUÇÃO

Após a queda da maioria dos estados autoritários, a América Latina, segundo Grohmann, passou por um novo desafio, o de “dotar os regimes nascentes de um quadro institucional que, além de ser mero instrumento das forças de luta, fosse capaz de garantir a continuidade do processo democrático” (2001, p. 75). Nesse contexto, a discussão sobre a configuração dos sistemas de governo se apresentou, principalmente, com o trabalho inaugural de Juan Linz (1994), em que o parlamentarismo foi colocado como sistema mais indicado para as novas democracias emergentes a fim de evitar futuros quebres democráticos.

Todavia, assim como outros países latino-americanos, o Brasil, após o término da ditadura militar, adotou o regime presidencialista de governo. Dessa forma, o surgimento das novas democracias presidencialistas gerou um novo debate sobre o tema que culminou, então, na conclusão de que o presidencialismo pode funcionar, mesmo em regimes multipartidários, porém, de forma distinta ao parlamentarismo. Seguindo os trabalhos de Raile, et al. (2010), e Chaisty et al. (2012), entre outros, o argumento de que os presidentes contariam com “ferramentas” que possibilitariam o gerenciamento de coalizões, mesmo de que forma distinta a dos primeiros ministros, foi consolidado. Assim, o debate sobre o presidencialismo evoluiu do foco na ruptura democrática para o de governança de coalizão. Tal debate será abordado ao longo do presente trabalho, a fim de embasar a discussão sobre as ferramentas de que os presidentes dispõem para a gestão das coalizões.

No presidencialismo brasileiro, o poder executivo dispõe de alguns instrumentos para interferir no processo legislativo, dentre eles o poder de decreto. A figura do poder de decreto foi considerada como um instrumento importante do poder de agenda, o que influenciaria na classificação do presidencialismo brasileiro como extremamente forte. Todavia, os estudos sobre o poder de decreto se referiam basicamente ao instrumento das medidas provisórias, sendo a figura decreto autônomo, que entrou em cena após a Emenda Constitucional Nº 32, de 11 de setembro de 2001 (EC 32/2001), ainda pouco examinada.

Afinal, o decreto presidencial, durante muito tempo, se limitava a regulamentar a lei, tendo, portanto, fundamento constitucional de validade indireta. Dessa forma, ainda que considerado um ato normativo, não tensionava diretamente

com o texto constitucional, o que o impedia de ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, tal qual previsto pela Constituição Federal de 1988.

Com o advento da EC 32/2001, no entanto, os decretos presidenciais puderam passar a ser concebidos como atos normativos autônomos, tendo seus limites previstos no texto constitucional.

A alteração constitucional propiciou uma distinção mais clara entre o que seria o decreto “autônomo” e o “regulamentar”, mas gerou um intenso debate sobre sua aceitação no Direito pátrio, tema que será amplamente tratado nesse trabalho à luz do estudo de Alaíde Sampaio Costa (2012). Indaga-se, então, se o decreto autônomo ampliou o poder de agenda presidencial. Afinal, apesar dos extensos estudos sobre as ferramentas de que os presidentes dispõem para formar coalizões, o decreto autônomo se apresenta como uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário verificar seu uso, enfatizando-se, também, seu controle, uma vez que temos como princípio a manutenção do equilíbrio entre os poderes.

Esse trabalho, portanto, trata de um instrumento que se encontra no limite exíguo entre os poderes. Logo, tem como pano de fundo o debate sobre a separação de poderes e seus freios e contrapesos, e como foco o controle de constitucionalidade do decreto autônomo, tomado como um dos instrumentos responsáveis pelo balanço de poder entre os Poderes que formam o Estado, particularmente na relação Executivo-Judiciário.

O presente trabalho, então, tem como objetivo analisar o instituto do decreto autônomo, verificando inicialmente seu uso pela presidência, a fim de apontar seu peso dentre as opções de “ferramentas” disponíveis ao poder executivo e, posteriormente, apresentar a discussão referente ao controle de constitucionalidade do instituto uma vez que, este se constitui em freio da mais alta importância para o funcionamento harmonioso das instituições políticas.

A posição doutrinária e jurisprudencial do controle do decreto autônomo será analisada, partindo-se do pressuposto de que cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle de constitucionalidade indispensável à garantia dos direitos. Afinal, para Ommatti, ele “é o único freio que o judiciário tem sobre os demais poderes, mas não admite contra-freio, sendo, pois, absoluto”. (1977, p.74).

Além disso, refere-se ao controle do Poder Judiciário sobre um instrumento que acredita-se ter aumentado o poder de agenda do Executivo. Parte-se, portanto, do princípio do governo limitado indispensável, à garantia dos direitos, para atingir o

objetivo de análise do decreto autônomo, a partir do fundamento legal disposto no preâmbulo de todos os decretos editados de 11 de setembro de 2001, data da publicação da Emenda n. 32, até dezembro de 2014, a fim de verificar quais tem fundamentação exclusiva no artigo 84, inciso VI, alíneas “a” ou “b”, da Constituição Federal, que tratam do decreto autônomo.

A parte inicial do presente trabalho aborda a discussão sobre separação de poderes, com foco no sistema de freios e contrapesos. A segunda traz a evolução do debate sobre o presidencialismo, a fim de levantar a discussão sobre o poder de decreto no presidencialismo brasileiro. Já na terceira, a discussão sobre o controle de constitucionalidade no Brasil será realizada, assim como o detalhamento sobre o instituto do decreto autônomo, distinguindo-o do regulamentar. Por fim, após delimitado o instituto do decreto autônomo, na última seção, o uso deste pela presidência, desde a publicação da EC 32/2001, será apresentado.

## 1. A SEPARAÇÃO DE PODERES

A configuração das democracias contemporâneas varia por meio da combinação de seus componentes o que, segundo Cintra, impede a construção de um “único e rígido molde na organização de seus governos” (2007, p. 37). Assim, o autor aborda o assunto “sistemas de governo” sobre a óptica do debate entre parlamentarismo e presidencialismo e a importância das instituições em estes (Cintra, 2007). Segundo ele, tal tema ganhou grande importância na Ciência Política, sendo incentivado pelos grandes questionamentos feitos ao longo do processo de (re) democratização, no final do século XX<sup>1</sup>, revelando a importância do debate institucional já que os questionamentos tratavam de instituições, de forma que, mesmo com a difusão de modelos internacionalmente aceitos, dadas as respostas institucionais, cada país termina tendo uma organização peculiar.

No caso latino-americano, o processo de institucionalização das regras de funcionamento da democracia, referente, portanto, ao aparato constitucional que formata as relações entre os atores políticos, ganhou destaque durante essa etapa (Grohmann, 2001). O autor entende que as instituições políticas exercem efeitos sobre o resultado de conflitos (Grohmann, 2001, p.75). Para ele:

Discutir o sistema de governo nas democracias representativas a partir e suas instituições implica antes de mais nada reconhecer os fundamentos teóricos que animam o projeto prático. Em sistemas presidencialista, em especial, a questão da separação de poderes coloca-se como angular. (Grohmann, 2001, p. 76)

O autor, então, em seu trabalho trata da separação de poderes em países com governo presidencialista latino-americanos, justificando que:

[...] a separação de poderes não pode ser ignorada como um debate antigo, pronto para ser jogado às traças da história política, na medida em que a ação política pura não elide a institucionalidade e seus efeitos. Se as instituições importam, a separação dos poderes, que começa ou como princípio normativo de condução da ação coletiva ou como resultado direto e não intencional da ação política, ainda merece ser debatida e investigada (Grohmann, 2001, p. 76).

<sup>1</sup> Segundo Cintra, após a implosão das ditaduras, inúmeras indagações foram levantadas e enfrentadas pelos que visaram à redemocratização, sendo que o autor, com o objetivo de tornar mais compreensível a relação entre tais questionamentos e as instituições, fez um exercício de exemplificação destes: “Como seriam selecionadas as autoridades executivas e os representantes nas assembleias? Que sistema eleitoral seria adotado e que resultados se esperava de seu funcionamento em termos da representação política? Qual o grau de mútua dependência entre Executivo e Legislativo? Quais os poderes e competências de cada um desses poderes? Como se constituiriam os governos? O chefe de Estado e o chefe de governo seriam a mesma pessoa? Diante de quem seriam responsáveis os governos? Teriam os governantes poder para lidar com emergências, editando decretos com força de lei? Deveria estipular-se alguma “cláusula de barreira” para impedir a proliferação de partidos políticos?” (2007, p. 38)

Além disso, para Grohmann, com o aumento dos países que objetivam a construção de democracias, “a institucionalidade política assume uma importância crucial como fator de encaminhamento para a resolução de conflitos” (2001, p.77). Para o autor, outros processos também influenciariam na relevância dada à institucionalidade política, como o incremento da circulação de informação, no qual destaca internet; e o avanço da defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, além das transformações que, segundo o autor, aconteceram no “mundo do trabalho e da cultura”.

O somatório desses processos e transformações, levantaram um novo dilema que seria o da “participação *versus* decisão governamental, revelando a crise do tradicional Estado nação que emergiu do pós-Guerra” (Grohmann, 2001, p.76). O autor encontra no “uso de fórmulas institucionais que regulam uma participação ampliada da sociedade na formulação e aplicação de políticas públicas” uma saída para alcançar “o redimensionamento dos esquemas de decisão política no campo do Estado” (Grohmann, 2001, p.76).

Porém, o autor enfatiza a necessidade de retorno aos fundamentos do Estado que, no passado, “empreenderam a tarefa de pensar a solução política para a disputa entre os interesses e os poderes, regulando a participação da sociedade e limitando ou justificando o poder do Estado” (2001, p.77). Assim, relembra que “os atuais estados-nação do mundo democrático foram construídos sob a égide da divisão dos poderes” (2001, p.77). Nesse ponto, o autor enfatiza que:

A divisão dos poderes não é uma técnica institucional que possa ser apreendida totalmente dos aspectos normativos, na medida em que qualquer engenharia constitucional implica alcançar certos objetivos. Em termos de interesses de grupos, objetivos podem ser bons para uns e terríveis para outros; em termos de construção de regimes algumas regras são mais adequadas que outras: certos instrumentos podem ser nitidamente autoritários, outros nitidamente democráticos” (Grohmann, 2001, p.77).

Isso posto, Grohmann explica que a separação de poderes foi institucionalmente fixada a partir da “confluência histórica da política prática, das disputas entre grupos humanos, e da reflexão sobre essa prática tendo em vista aperfeiçoá-la ou modificá-la”. Assim, rememora que a discussão referente ao poder dividido continua desde a Grécia antiga, tendo como ponto principal, que permanece como foco até os dias de hoje, o questionamento sobre como evitar a tirania. Nesse

sentido, como apontado pelo autor, “a divisão do poder é uma velha solução” (Grohmann, 2001, p.77).

Diante disso, o autor afirma que as teorias das formas de governo foram as primeiras abordar quais os formatos dos governos e qual seria a melhor organização destes. Logo, de acordo com ele, a teoria do governo misto surgiria nessa discussão, anunciando que a melhor forma de governo seria a que combina diferentes tipos de modalidades de governo (monarquia, aristocracia, democracia) por meio de três corpos: o monarca, o dos aristocratas, e o do povo. Para tanto, ainda com o autor, um dos principais critérios para essa repartição tríplice seria o número de governantes, sendo um, poucos e muitos, respectivamente. Dessa forma, Grohmann afirma que tal teoria traz como referência a separação de corpos ou agências de poder. Todavia, o autor explica que:

Na teoria do governo misto não há a necessária delimitação funcional desses corpos, nem um escopo de especialização; a crença fundamental é de que o poder repartido, por si só, é capaz de limitar a possibilidade do governo absoluto. (Grohmann, 2001, p.77).

De acordo com o autor, a teoria do governo equilibrado, desenvolvida durante o período renascentista inglês, viria a afinar o debate trazendo a ideia de que “os poderes, além de serem repartidos em potências parecidas, deveriam controlar um ao outro” (Grohmann, 2001, p.77). Segundo ele, citando a figura do Monarca, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns, a divisão desses corpos era pautada pela própria existência das forças sociais politicamente organizadas.

Entretanto, conforme mostrado por Grohmann (2001), apenas com a teoria da separação pura de poderes a questão sobre a atribuição de funções específicas para cada poder é inserida no debate. Além disso, o autor lembra que tal teoria:

“[...] como tributária das teorias anteriores, pugna que cada poder não pode imiscuir-se nas atividades relacionadas à função do outro poder, proibindo-se que os ocupantes dos cargos em um e outro poder sejam os mesmos simultaneamente” (Grohmann, 2001, p.77).

Assim, segundo Grohmann, citando Vile (1998), a partir da combinação dessas três teorias: separação (pura) de poderes, governo misto e governo equilibrado, se deu o surgimento da “teoria da separação parcial dos poderes”. Tal teoria, enalçada nos trabalhos de Locke, Montesquieu e dos *Federalistas*, assenta na possibilidade de algum grau de compartilhamento funcional pelos poderes. No dizer de Grohmann:

O resultado desse compartilhamento inscreve-se na perspectiva da teoria do governo equilibrado, em que um poder controla o outro. Tal compartilhamento funcional, entretanto, não é principalmente positivo. É enviesado, no sentido de cumprir uma determinação: ser um procedimento de freio e contrapeso (2001, p.78).

Vale destacar, ainda, que para Grohmann (2001), Locke, Montesquieu e os Federalistas têm um ponto em comum: a proposta de “um sistema de governo que apresentasse corpos institucionais com poderes diferenciados em nome da garantia da liberdade, seja ela econômica ou política” (2001, p. 81). Para o autor, a teoria desses clássicos obedeceria duas lógicas:

[...] aquela que se preocupa em alocar em cada braço do poder grupos e indivíduos diferenciados e aquela que busca delimitar funções diferenciadas para cada um desses braços. Ambas preocupam-se em armar os poderes com instrumentos de defesa e ataque na preservação de suas prerrogativas e de modificação das decisões do outro. (Grohmann, 2001, p.81)

Porém, ao longo do século XX, outras questões quanto ao tema foram levantadas, de forma que, para Grohmann, a justificativa da importância da separação de poderes fundamentada apenas na ideia de garantia da liberdade ficou debilitada. Por esse ângulo, o autor cita algumas dessas questões que ampliaram a discussão, dentre as quais destacam-se: o suposto aumento dos poderes e atribuições dos executivos frente aos legislativos; a possibilidade de partidos disciplinados e homogêneos de burlar a separação dos poderes; a crítica desenvolvida ao presidencialismo, ainda que de vinculação obscura ao debate da separação de poderes.

Assim, o autor conclui que a predominância do Executivo no processo político teria colocado a separação de poderes como um “discreto problema de história política” (2001, p. 81), submetido à discussão sobre sistemas de governo - presidencialista e parlamentarista. Tal discussão será melhor aprofundada mais a frente nesse trabalho.

As abordagens contemporâneas são apresentadas pelo autor, com foco em duas perspectivas que, nas suas palavras, ainda tratam da temática com alguma sistematização. A primeira, vinculada à literatura estadunidense, busca analisar o funcionamento do sistema presidencial, enquanto a segunda, embora considerada dispersa pelo autor, estaria ligada aos estudos em política comparada (Grohmann, 2001).

Embora apresente muitos aspectos relevantes, sendo a primeira perspectiva muito enleada ao caso americano, no presente trabalho, chama-se a atenção

apenas para a distinção nela desenvolvida entre o debate acerca da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos. A distinção, apresentada por Fischer (1998), mostra que os dois princípios, da separação e do sistema de *checks and balances* não são contraditórios, na verdade eles completariam um ao outro. Afinal, uma instituição necessita de independência para conseguir checar, e para ter independência precisa ter o poder de checar (Fischer, 1998 apud Grohmann, 2001, p.83).

Assim, “a separação de poderes é percebida como independência entre duas partes”, o que significa que uma parte tem poderes próprios, que não necessitam sanção de outro poder; sendo que essa mesma parte não depende de outra para existir. Agora, o sistema de freios e contrapesos significa que “uma parte tem o poder de verificar as ações da outra, checar e balancear, e, ainda, bloquear ou obstaculizar as ações da outra”. Logo, “a questão contida na construção da armadura institucional do sistema de governo é como estabelecer o equilíbrio entre ter poderes independentes e autônomos e a capacidade de circunscrever o outro” (Grohmann, 2001, p.83).

Nesse ponto, o autor reafirma que para evitar a tirania, não basta separar o poder, necessita-se de que um poder controle o outro, o que resta complexo na medida em que os poderes terminam interferindo na produção de políticas. Afinal, seguindo o trabalho de C. Jones (1997), Grohmann (2001) aponta que os poderes passam a competir pelo estabelecimento de suas políticas, incluído aí até mesmo o poder judiciário, que exerce um papel sobre o fazer político, particularmente pelo poder de julgar as inconstitucionalidades das ações dos outros poderes. Logo, para o autor “a agenda política passa a desempenhar um papel fundamental no jogo entre os poderes.” (Grohmann, 2001, p. 81).

Quanto a segunda perspectiva, Grohmann (2001) cita trabalhos renomados como o de Shugart e Carey (1992) e o de Lijphart (s/d), lembrando que a separação de poderes não é único foco da análise desses autores, mas que se insere dentro de um conjunto de questões que tem como objetivo estabelecer a comparação entre países e sistemas<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Nesse ponto, não pode-se ignorar a menção feita pelo Grohmann, citando o trabalho de Lijphart (s/d), de que “se a separação de poderes não é exclusiva do presidencialismo, o inverso comprova-se: o presidencialismo implica separação de poderes” (Grohmann, 2001, p. 85)

Todavia, apesar da longa discussão sobre o tema da separação de poderes, o autor indica duas lacunas principais nos estudos: a primeira diz respeito ao foco no Executivo e a segunda à falta de clareza entre separação de poderes e a capacidade de checagem e balanço. A lacuna referente ao foco no Executivo diz respeito ao fato de que as dimensões constitucionais dos poderes legislativos e judiciários foram deixadas de lado, sendo muitas vezes identificadas apenas para auxiliar na apresentação dos poderes do Executivo. Sobre a falta de clareza entre os dois princípios, o autor pondera que ela “coloca-se quando um instrumento constitucional que é empregado como checagem é tratado rapidamente como um poder qualquer. Sim, certos instrumentos de checagem, talvez a maioria, podem ser tratados como um poder.” (Grohmann, 2001, p. 86)

Nessa perspectiva, Grohmann (2001) admite que há uma mudança de visão do “poder separado para poder independente”, considerando que:

“O poder separado é aquele constituído como um corpo à parte, com origem e continuidade material próprias. Um poder independente detém prerrogativas de atuação sem a concorrência do outro poder.

[...]

Definimos que um poder é independente quando suas prerrogativas são exclusivas, isto é, não são decididas em conjunto com outro poder. Decisão em conjunto significa que um outro poder pode alterar a decisão do primeiro, que não haverá decisão se ambos não cooperarem de alguma forma.

O poder de checar é a capacidade de um poder controlar o outro, suas atividades e decisões. Contudo, não pode substituir ou concorrer para decidir nas funções e prerrogativas assinaladas ao outro poder. (2001, p. 86)

Após feita a definição desses tipos de poderes, o autor passa a determinar o balanço entre independência e checagem. É essa relação entre independência e checagem que levaria a situações de equilíbrio ou desequilíbrio, de modo que “quanto mais um poder decidir unilateralmente, sem concorrência de outro, maior devem ser os instrumentos de checagem. E quanto mais decisões conjuntas, menor a necessidade de checagens”. Daí que o equilíbrio entre checagem e independência busca “criar o ambiente de corpos separados mas com poderes compartilhados”, enquanto que as situações de desequilíbrio vão de encontro aos pressupostos da separação dos poderes, em que o autor destaca a “contenção recíproca dos poderes para evitar abusos, tendo em vista a liberdade e o bom governo” (Grohmann, 2001, p.87).

As situações de equilíbrio-desequilíbrio, que podem ser empregadas no balanço entre os poderes<sup>3</sup>, podem ser melhor visualizadas a partir da consulta ao Quadro 1.

QUADRO 1 - Balanço entre poderes e seus efeitos

	Poder A		Poder B		Pior efeito possível*
	Independência	Checagem	Independência	Checagem	
Equilíbrio	ALTO	ALTO	ALTO	ALTO	
	BAIXO	BAIXO	BAIXO	BAIXO	
	ALTO	BAIXO	BAIXO	ALTO	
Quase equilíbrio	BAIXO	ALTO	BAIXO	ALTO	Paralisia de ambos
Desequilíbrio	ALTO	ALTO	ALTO	BAIXO	Predomínio do poder A
	ALTO	ALTO	BAIXO	BAIXO	Predomínio do poder A
	ALTO	BAIXO	BAIXO	BAIXO	Predomínio do poder A
	BAIXO	ALTO	BAIXO	BAIXO	Paralisia de B
	ALTO	ALTO	BAIXO	ALTO	Paralisia de B
	ALTO	BAIXO	ALTO	BAIXO	Conflito

FONTE: Grohmann, 2001, p.87.

\* Pior efeito da situação institucional

Assim, Grohmann faz uma importante apontamento sobre os possíveis efeitos, dada a balança entre os poderes:

[...] quanto mais desequilíbrio institucional existir maior a chance de ou um poder ter predominância em relação ao outro ou existir paralisia decisória. E o desequilíbrio institucional é maior quanto maior for a distância entre independência e checagem. Essa distância, por sua vez, cresce à medida em que ou independência é maior que checagem, ou checagem é maior que independência (2001, p.88)

A partir disso, por meio da análise de 18 (dezoito) casos de regimes presidenciais da América Latina, o autor apresenta o balanço entre os poderes, com foco na relação executivo-legislativo, pois considera o caso do judiciário mais específico dado que “sua força é seu mandato permanente, aliado a um alto poder de checar as decisões de outros poderes” (2001, p.88). No que se refere ao caso do Brasil, Grohmann (2001, p. 91) mostra que o país está entre os três com grande separação entre os poderes (68,9%), e que, ademais, tem um dos maiores valores de independência (61,2%), embora, nesse caso, seja considerado como de nível médio. No que diz respeito à checagem os casos estudados têm menor variação

<sup>3</sup> Grohmann (2001, p. 86), nesse ponto, ressalta que “em situações nos quais exista grave polarização político-ideológica entre Executivo, Legislativo e Judiciário o arcabouço das regras pode vir a piorar ou incrementar resultados que redundem em instabilidade política”.

interna, situando-se em patamar médio, sendo o Brasil aí incluído, com valor de 49,5%.

Assim, o Grohmann (2001, p. 92) enfatiza a necessidade de equilíbrio entre os mecanismos de independência dos poderes e de checagem e aponta para o fato de que alguns países tendem a ter maior participação de mecanismos de checagem frente aos mecanismos de independência de poderes, e outros, dentre eles o Brasil, apresentam uma maior participação da independência frente aos mecanismos de checagem. Apenas quatro países inclinam-se ao equilíbrio entre independência e checagem: Haiti, Colômbia, Argentina e Uruguai.

Com relação às variáveis de independência e checagem relativas a cada um dos poderes, vê-se que o Brasil tem um Executivo muito independente (81,5%), com uma checagem média pelo Legislativo (51,9%), em comparação com os outros países. Já o Legislativo também é muito independente (72,1%), tendo também uma checagem média pelo Executivo (47,1%). Dessa forma, quanto à relação entre independência e checagem para verificar o equilíbrio, o Brasil mostra maior independência de ambos poderes, do que checagem (Grohmann, 2001, p.94), o que o situa em potencial situação de conflito, mesmo apresentando uma leve predominância legislativa.

O que se pretende com esse trabalho, é colocar o controle de constitucionalidade no jogo. Afinal, como visto, apesar da discreta preponderância do legislativo quanto à checagem, tem-se um Executivo muito independente no Brasil. Ademais, como será tratado a seguir, o Executivo brasileiro possui um novo instrumento de intervenção no processo legislativo, ainda não estudado – o Decreto Autônomo. Dessa forma, na próxima parte desse trabalho, o debate sobre o presidencialismo será feito com o objetivo de aprofundar a discussão quanto aos instrumentos disponíveis para o Executivo brasileiro para que, assim, o controle sobre decreto autônomo possa ser melhor compreendido, considerando que tal controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os outros como principal freio de que dispõe.

## 2. PRESIDENCIALISMO

Um dos aspectos fundamentais sobre desenho institucional, segundo John Carey (2005), é a escolha entre parlamentarismo, presidencialismo, ou um formato híbrido de governo<sup>4</sup>, cuja distinção se baseia na origem e sobrevivência dos campos - executivo e legislativo<sup>5</sup>. No sistema parlamentar "a origem do executivo é derivada da Assembleia", enquanto no sistema presidencial a origem destes dois campos são "electorally distinct, with the chief executive elected separately from the assembly, for a fixed term" (Carey, 2005, p.92).

No que diz respeito à sobrevivência, no parlamentarismo o executivo precisa da confiança legislativa para permanecer no poder, o que significa que precisa da aprovação de uma maioria da Assembleia, ainda que geralmente essa dependência seja mútua, de modo que o parlamentarismo é distinto do presidencialismo por buscar uma integração orgânica entre os poderes, ao invés da separação. Além disso, no presidencialismo a pessoa que é eleita para o Poder Executivo nomeia e dirige a composição do governo, o que reforça a divisão (Carey, 2005, p.92).

A dicotomia presidencialismo e parlamentarismo foi debatida inicialmente por Juan Linz (1994), que apontou a incompatibilidade entre o governo presidencialista e a democracia. Octávio Amorim Neto (2006) destaca que a partir do trabalho de Linz (1994) um "intenso e extenso" debate se desencadeou sobre qual sistema de governo seria mais favorável à consolidação democrática, ou seja, sobre suas características institucionais.

Assim, quando o debate sobre os tipos de regime começou, o presidencialismo foi fortemente criticado. Linz (1994), indicou o parlamentarismo às novas democracias latino-americanas, porque ele acreditava que o presidencialismo seria mais propenso à ruptura democrática que parlamentarismo.

The central elements of Linz's case against Presidentialism are twofold. First, Presidentialism lacks Parliamentarism's safety valve, the confidence vote, that allows for the removal of a government from office in the event of a crisis without discarding the constitution. Second, Presidentialism creates incentives and conditions that encourage such crises in the first place, and particularly that aggravate the relationship between the executive and the legislature. (Carey, 2005, p. 94).

<sup>4</sup> O que se chama de formato híbrido, no presente trabalho, pode encontrar na literatura uma nomenclatura muito diversificada, sendo referido, por exemplo, como semi-parlamentarismo ou semi-presidencialismo. Ver Elgie (2004). Dessa forma, para fins de análise, a discussão, no presente estudo, será baseada na dicotomia presidencialismo e parlamentarismo.

<sup>5</sup> Cabe, ainda, mencionar o sistema de governo de assembleia ou convenção, mencionado por Cintra (2007, p. 37).

Em seguida, um consenso acadêmico em favor do parlamentarismo foi gerado, ainda que o mundo político estivesse se movendo para outra direção (Carey, 2005, p. 95). Em resumo, as novas democracias foram estabelecidas em direção, principalmente, aos sistemas presidencialistas ou híbridos, apesar das pesadas críticas acadêmicas.

Essa diferença entre o teórico e o real despertou, novamente, o interesse dos estudiosos da área. Por isso, a definição precisa do presidencialismo e do parlamentarismo foi a preocupação de muitos autores, dentre os quais se destacam cinco: Lijphart (1992), Linz (1994), Sartori (1997) e Shugart e Carey (1992). Amorim Neto (2006) destrincha as definições formuladas por esses autores, apontando suas semelhanças e diferenças, com destaque para a definição de presidencialismo de Shugart e Carey (1992) que engloba as características de separação das fontes de origem e sobrevivência do Executivo e da Assembleia. Tal definição é dividida em quatro pontos principais, sendo eles:

1º A eleição popular do chefe do Executivo.

2º Os tempos dos mandatos [...] são fixos e não dependentes de confiança mútua.

3º O chefe do Executivo eleito nomeia e dirige a composição do governo.

[...]

4º O presidente tem poderes legislativos outorgados pela Constituição. (Shugart e Carey, 1992, p. 19, tradução própria).

Os três primeiros pontos da definição “captures the essence of separate origin and survival of government (executive) and assembly in addition to specifying that the president be elected by voters (or an electoral college chosen by them for that sole purpose)” (Shugart e Carey, 1992, p. 19). Amorim Neto destaca que essa definição combina elementos das definições de Linz (1994) e Lijphart (1992), “contemplando diretamente a preocupação do primeiro com a eleição direta do chefe de governo e seu mandado fixo e indiretamente a ênfase de Lijphart no Executivo unipessoal” (2006, p. 23). Além disso, seus três primeiros pontos se assemelham com a definição usada por Octávio Cintra (2007, p.39).

No entanto, como apontado por Amorim Neto (2006, p.23), o quarto ponto é o verdadeiro diferencial já que parte do pressuposto de que a definição de presidencialismo com base somente na separação de poderes é um erro, uma vez que eles não são totalmente separados. Afinal, como abordado por Cintra (2007), citando o caso estadunidense como matriz, essa separação enfatiza a eleição independente, mas também remete à relativa autonomia recíproca no desempenho

de funções. Segundo Amorim Neto (2006), para Shugart e Carey (1992) a independência de cada Poder é um fator importante para o sistema de freios e contrapesos, sendo este, portanto, base para o presidencialismo. Sobre o quarto ponto, os autores afirmam que:

The latter does not concern the formation and maintenance of powers, but if presidents do not have lawmaking power (such as veto), then they are chief executives only in the most literal way: they execute laws the creation of which they had no way of influencing. (Shugart e Carey, 1992, p. 19)

Todavia, segundo Amorim Neto, esse quarto ponto sofre críticas de Sartori (1997), que entende que estaria implícito no terceiro. Dessa maneira, Cintra (2007) toma o que seria o quarto ponto de Shugart e Carey (1992) como um simples diferenciador da diversidade de sistemas presidenciais. Além disso, para ele, alguns desses poderes legislativos são atribuídos de modo formal e outros advêm da liderança sobre seu partido. Tais poderes se referem a influência do Executivo sobre a produção legislativa e, para Carey e Shugart (1998), podem ser divididos em reativos, como o veto, e ativos (proativos), como os decretos com força de lei. Assim, segundo Carey e Shugart, tais poderes podem ser compreendidos da seguinte maneira:

Os poderes reativos são aqueles por meio dos quais o executivo pode manter a política pública mesmo se os legisladores preferirem um resultado diferente — como, por exemplo, quando o executivo consegue bloquear uma tentativa da maioria parlamentar de autorizar um novo conjunto de direitos de *welfare* ou consegue impedir o corte de fundos públicos já previamente autorizados. Poderes reativos são portanto "conservadores", no sentido de que permitem ao executivo evitar mudanças que de outra forma ocorreriam. Poderes ativos, por outro lado, são poderes que permitem ao executivo efetuar mudanças que o legislativo não teria iniciado por sua própria iniciativa. (Carey e Shugart, 1998, p.152)

Assim, acompanhando Amorim Neto (2006), a definição de presidencialismo tomada no presente trabalho segue os três primeiros pontos da proposta de Shugart e Carey (1992), acima descrita, sem ignorar a importância dos poderes legislativos que detêm o presidente, sendo eles reativos ou ativos. A partir desse delineamento conceitual o debate sobre o presidencialismo evoluiu da preocupação com a ruptura democrática, fortemente debatida no trabalho de Linz (1994), para o gerenciamento de coalizão.

Particularmente Chaisty et al. (2012) se propõem a apresentar o estado da arte dessa discussão mostrando seus consensos e controvérsias, além de apontar os pontos que consideram importantes para pesquisas futuras. Para mostrar como ocorreu a mudança de perspectiva dos "perigos do presidencialismo" para a

abordagem de coalizão, os autores fazem uma divisão da discussão em três fases. A primeira foi dominada pelo clássico argumento de Linz (1994) sobre a superioridade do parlamentarismo em relação ao presidencialismo.

Já a segunda seria baseada no argumento de Mainwaring (1993) de que o problema não consistiria no presidencialismo em si, mas na difícil combinação entre o presidencialismo e sistemas partidários multifragmentados. Por fim, na terceira fase, essa suposta dificuldade de combinação sofre críticas, e o argumento de que “presidents were capable of building stable multiparty coalitions, even in weakly institutionalized party systems.” (Chaisty, et al., 2012, p.4) é construído.

Chaisty et al. (2012) apontam que, inicialmente, as hipóteses de Linz (1994) foram testadas empiricamente com foco na América Latina, sob a influência das ascendentes perspectivas teóricas em política comparada de relevância no momento – o institucionalismo da escolha racional e especialmente os modelos agente-principal – as quais foram importados de agendas de pesquisa contemporâneas com foco no Congresso dos Estados Unidos<sup>6</sup>. Nesse momento, os poderes presidenciais formais passaram a ser medidos, de forma que alguns foram escolhidos pela sua eficiência em garantir o domínio presidencial<sup>7</sup>, por exemplo, o poder de decreto ou veto, sendo o estudo de caso de destaque o Brasil. Segundo os autores:

From a theoretical perspective, the general framework that unified these studies was ‘agenda control’, with the general message being that the numerous formal powers granted to Latin American presidents endowed them not only with a first-mover advantage and with significant control over legislative process, but also with the tools necessary to form and maintain multiparty support coalitions within legislatures. (Chaisty et al., 2012, p.8)

Chaisty et al. (2012) esclarecem que, a despeito dos principais trabalhos sobre a temática atentarem para o caso latino-americano, existem alguns trabalhos voltados para a análise de outras regiões que apresentam conclusões similares<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Segundo Chaisty et al. (2012) o trabalho paradigmático deste período é o de Shugart e Carey (1992), que seria o primeiro estudo comparativo importante do presidencialismo e manteve-se como referência central sobre o tema até a publicação de Cheibub (2007).

<sup>7</sup> Para Chaisty et al. (2012, p. 9), os fortes poderes formais de presidentes latino-americanos chamaram a atenção ao explicar a política de coalizão porque eles são constitucionalmente codificados, frequentemente utilizados, e, relativamente, fáceis de documentar e medir.

<sup>8</sup> Chaisty et al. (2012) citam estudos que encontraram resultados similares em outras regiões, como os de Chabal and Daloz (2004) e de Van de Walle (2003), os quais concluem que a utilização pelos dos presidentes africanos de poderes formais e informais lhes permitiu dominar legislaturas mesmo altamente fragmentadas. Os autores citam, também, que as pesquisas sobre parlamentos pós-soviéticos começaram a concentrar-se na gama de ferramentas usadas por presidentes para

Logo, a pesquisa quantitativa inter-regional teria fornecido suporte adicional para a ideia de que a formação de coligação é comum nos regimes presidencialistas e que o multipartidarismo não reduz significativamente as taxas de sucesso legislativas de executivos eleitos diretamente ou a probabilidade de consolidação democrática. Assim, um consenso emergente de que muitos presidentes desfrutam de ferramentas de governo que lhes permitem superar os desincentivos à cooperação, decorrentes do multipartidarismo, estaria sendo criado.

Deste modo, os autores ressaltam que a capacidade de presidentes latino-americanos para gerenciar coalizões multipartidárias e ganhar apoio legislativo não é redutível aos seus poderes formais. Afinal, tanto instituições informais, quanto interações micropolíticas e variáveis contextuais, desempenham algum papel (Chaisty, et al., 2012, p.9). Assim, os autores enfatizam que o reconhecimento de que presidentes podem fazer coalizões exitosas, tal qual os primeiros-ministros, não importa na aceitação que elas funcionam da mesma forma. Segundo os autores:

Samuels and Shugart's recent work, for instance, shows that executives have fundamentally different authority relationships with their own parties in presidential and parliamentary regimes. More specifically, they suggest that whereas in parliamentary systems a ruling party 'fuses its executive and legislative functions' because the party leader is chosen and held accountable through internal selection and deselection procedures, in presidential systems parties delegate greater discretion to their leaders because presidents are elected independently of the legislature. Thus, Samuels and Shugart find that 'presidentialization is at odds with the core logic of parliamentarism'. But they argue that it is precisely this difference that empowers presidents, because the greater discretion they enjoy makes it harder for their parties to hold them to account, which in turn 'affords the party leader additional discretion in selecting cabinet and other executive personnel'. Consequently, presidents face fewer constraints than prime ministers when dealing with their own parties over the design of cabinets and the construction of interparty coalitions. Presidents may achieve the same coalitional goals as prime ministers, then, but not always by the same means. (Chaisty, et al., 2012, p.4).

Todavia, Chaisty, et al. (2012), preocupados com a estagnação do debate, ressaltam a necessidade de detalhamento dos recursos que são encontrados dentro da "caixa de ferramentas" presidencial em diferentes casos, permitindo a eles o gerenciamento das coalizões.

Desenha-se uma estratégia de construção de um novo quadro que possibilite analisar o fenômeno da sustentabilidade do presidencialismo multipartidário em novas democracias, superando as lacunas do debate, a falta de vinculação com o contexto local, o desinteresse sobre as instituições informais e a tentativa de

delimitação de grandes generalizações comparativas retiradas da experiência de uma única região do mundo. Chaisty et al (2012, p.5), nesse sentido, se basearam na abordagem institucionalista da relação entre executivo e legislativo, assumindo, portanto, que os conflitos de cooperação entre o presidente e assembleia são condicionados por questões fundamentais do desenho institucional.

Chaisty et al (2012), ao invés de considerar um único recurso institucional que permitiria aos presidentes obter suporte multipartidário, assumem que os presidentes têm acesso a uma pluralidade de ferramentas que podem ser usadas para incentivar a formação de coalizões e o apoio legislativo – a chamada “caixa de ferramentas”. Além disso, reconhecem a importância das instituições informais e inserem na análise algumas variáveis contextuais que medeiam o poder explicativo das instituições políticas, considerando que, na prática, as estratégias presidenciais de gestão das coalizões variam de caso a caso. Por fim, buscam construir e testar a teoria a partir de diversos ambientes, rompendo com a centralidade que a América Latina detinha como objeto de análise, até então.

Por meio da comparação inter-regional de nove casos Chaisty et al (2012) demonstram que a necessidade de construir coalizões entre partidos é uma realidade para os presidentes em todas as três regiões de estudo – América Latina, África subsaariana e Europa Oriental. Além disso, os autores realçam dois pontos sobre os países escolhidos para análise: em primeiro lugar, todos eles incluem presidentes que foram forçados a construir coalizões legislativas com diversos partidos, facções, ou *caucus*, seja porque os presidentes não conseguiram ganhar maioria partidária na eleição parlamentar, seja porque eram incapazes de construir um partido majoritário estável ao longo do tempo de vida da assembleia. Em segundo lugar, cada caso atende ao princípio de “parcialmente democrático” (acima de 1 em uma escala de 1 a 10) na conhecida base dados Polity IV ou “parcialmente livres” (acima de 5 em 1 - escala de 7, com média de direitos políticos e liberdades civis) no ranking Freedom House dos sistemas políticos. Dessa forma, Chaisty et al. (2012) apontam que, mesmo com diferenças sobre igualdade democrática ou liberdade, os países selecionados têm operado sob a base da política multipartidária, na qual os legisladores têm sido capazes de fazer o seu trabalho dentro de um ambiente político relativamente aberto. Excluíram-se, portanto, os casos em que o primeiro-ministro e gabinete são exclusivamente responsáveis perante o parlamento.

Após mostrar a necessidade de formação de construção de coalizões, os autores buscaram definir o que seria a “caixa de ferramentas” dos presidentes. Chaisty et al. (2012), a partir da comparação da literatura existente sobre o tema, classificaram de forma indutiva as ferramentas presidenciais em cinco grupos gerais, seguindo o trabalho de Raile, Pereira e Power (2010): (1) Poder de Agenda, vinculado aos poderes legislativos concedidos ao presidente; (2) Prerrogativas Orçamentárias, ligadas ao controle da despesa pública; (3) Gestão de Gabinete, referente à distribuição de pastas para os membros da coalizão; (4) Poderes Partidários, referente à influência do presidente sobre um ou mais partidos da coalizão; e, por fim, (5) Instituições Informais, categoria residual diversificada que pretende refletir fatores históricos e culturais específicos de cada país.

No entanto, apesar do apelo intuitivo dos poderes constitucionais, nem todos os estudos compartilharam esse impulso formalista<sup>9</sup>, de forma que a capacidade de presidentes latino-americanos para gerenciar coalizões multipartidárias e ganhar apoio legislativo não é redutível aos seus poderes formais, afinal, tanto instituições informais, quanto interações micropolíticas e variáveis contextuais desempenham algum papel (Chaisty, et al., 2012, p.9).

A descoberta das ferramentas alargaria, portanto, a análise do presidencialismo para além do foco tradicional nos Estados Unidos e na América Latina, onde os relatos dominantes têm se baseado fortemente na constitucionalidade derivada de teorias da escolha racional das relações interprofissionais. A proposta de ampliação segundo um escopo inter-regional mostraria que os poderes constitucionais dos presidentes não são de nenhuma maneira os únicos no jogo. Assim, os presidentes antecipariam os perigos da separação dos poderes, compensando-os com as ferramentas, que podem ser combinadas de diversas maneiras.

Na análise de cada uma das regiões, os autores encontraram a preponderância de algumas ferramentas em detrimento de outras. Na América

<sup>9</sup> Chaisty et al (2012, p. 9), se remetem a alguns estudos que trariam outras dimensões para análise. Nesse sentido, os autores apontam, como exemplo, três outros caminhos de estudos, o primeiro, com ênfase nas dimensões estratégicas da formação do gabinete. Já o segundo, que enfatizaria práticas informais, tais como política clientelismo e tomada de acordo extra-institucional, seja na alocação do poder do Estado ou nos relacionamentos verticais entre presidentes e executivos subnacionais. Outro, ainda incipiente, focaria em aspectos contextuais e menos tangíveis de poder presidencial, como a popularidade.

Latina, a autoridade orçamental e de gestão de gabinete têm emergido como as ferramentas dominantes utilizadas para reforçar o poder de definição da agenda dos presidentes. Já na África Subsaariana, a gestão do gabinete tem desempenhado um papel importante, mas as instituições informais têm sido o fator dominante permitindo presidentes de desfrutar plenamente seus consideráveis poderes de definição de agenda. Na antiga União Soviética, por fim, as instituições informais têm sido importantes, mas poderes partidários já se tornaram uma das principais ferramentas que permitem a presidentes de gerir legislaturas divididas.

## 2.1 O presidencialismo brasileiro

O caso brasileiro, foi apresentado por Chaisty et al. (2012, p.8) como o “favorito”, e apontado como aquele em que reside a presidência mais poderosa do mundo democrático a partir de 1991. Afinal, o executivo brasileiro contaria com várias ferramentas que permitiriam o estabelecimento e defesa do status quo<sup>10</sup>, auxiliando no processo de gerenciamento de coalizão (2012, p.8). Os autores realçam o poder de decreto<sup>11</sup>, via medidas provisórias, dentre tais ferramentas:

The most striking power in the Constitution of 1988 is the ability of the president to legislate via executive decrees (medidas provisórias). Executive decrees not only give the president the power to legislate immediately and without congressional approval, they also give her influence over the ongoing legislative agenda (Chaisty, et al. 2012, p.8).

Além disso, destacam as prerrogativas dos presidentes para chamar o Congresso para fora do recesso, além de citar as sessões especiais para lidar exclusivamente com as iniciativas do Executivo. Ainda citam o poder reativo do veto, previsto na Constituição brasileira, que permite o presidente defender o status quo por reagir a tentativa do legislador de mudá-lo. Por fim, ressaltam a possibilidade do executivo para desalojar um projeto de lei a partir de uma comissão, solicitando urgência, enviando-o imediatamente à votação.

Os autores concluem então que, com o presidente gozando desses imensos poderes de definição de agenda, talvez não seja surpreendente que cerca de 80% de toda a legislação no Brasil nas últimas duas décadas tenha origem em propostas

<sup>10</sup> No caso, Chaisty et al. se referenciam ao trabalho de Figueiredo e Limongi, (2000).

<sup>11</sup> Chaisty et al. usam como referência dois trabalhos de Pereira, Power, and Rennó (2005); (2008).

do Executivo, e que os três presidentes desde 1995 tenham descoberto que era possível montar coalizões super-majoritárias que ultrapassam 70% dos assentos na câmara dos deputados (Chaisty, et al. 2012, p.9).

O caso brasileiro, portanto, chamou atenção dado o grande número de ferramentas disponíveis ao presidente, com destaque para aquelas relativas ao seu “Poder de Agenda”. Os trabalhos sobre poder (ativo) de agenda no caso brasileiro tiveram, em sua maioria, foco no poder de decreto, estudado por meio das medidas provisórias. Nesse ponto, Amorim Neto e Tafner (2002), apontam três linhas de análise referentes ao debate das medidas provisórias:

A primeira entende que o uso recorrente de MPs se constitui em verdadeira usurpação dos poderes do Congresso pelo Executivo ou subordinação daquele a este (Monteiro, 1997; 2000; Santos, 1997; Pessanha, 1997; 1998). Uma segunda matriz reconhece que o Congresso brasileiro tem sido passivo demais diante da elevada taxa de emissão de MPs pelo Executivo, mas não vê nisso a consequência de uma intenção deliberada do Executivo de emascular o Legislativo. Tratar-se-ia apenas de uma correção funcional da inércia decorrente dos problemas de ação coletiva enfrentados pelo Poder Legislativo (Mainwaring, 1997; Power, 1998). Finalmente, para Figueiredo e Limongi (1997; 1998; 1999), as MPs são um poderoso instrumento institucional que permite ao Executivo controlar a agenda legislativa, sem que isto signifique que o Executivo possa governar contra as preferências da maioria parlamentar. Seguindo uma linha de análise semelhante à de Figueiredo e Limongi, Negretto (2000) e Reich (2000) enfatizam o processo de controle mútuo dos Poderes, buscando identificar elementos que permitam retratar as delegações do Legislativo para o Executivo como uma ação estratégica do primeiro. (Amorim Neto e Tafner, 2002, p. 7)

Também com característica de poder ativo, o decreto autônomo, sendo uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tem recebido atenção apenas pelo seu aspecto jurídico. Por isso, se faz necessário aprofundar os estudos sobre sua influência na agenda, vinculando-os ao debate sobre controle constitucional. Afinal, partindo do princípio da separação de poderes, o controle constitucional se coloca como principal, se não único, freio do judiciário sobre o executivo. Além disso, não há como discutir tal mecanismo excluindo o debate referente à possibilidade de seu controle pelo judiciário, uma vez que tal debate embasou a discussão sobre o peso do decreto autônomo dentro do ordenamento. Assim, o controle de constitucionalidade será discutido a seguir, e a partir daí será apresentado o instrumento do decreto autônomo, para que, posteriormente, a análise sobre seu uso pela presidência seja melhor compreendida.

### 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS AUTÔNOMOS

O controle de constitucionalidade é tomado como um importante mecanismo de balanço entre os poderes, não tendo contrapeso no ordenamento jurídico brasileiro (Ommatti, 1977, p.74). Para analisar o controle de constitucionalidade sobre os decretos autônomos, inicialmente, alguns aspectos gerais sobre o tema serão apresentados para que, a partir disso, baseando-se no trabalho de Costa (2012), considerações doutrinárias e jurisprudenciais possam ser melhores embasadas.

#### 3.1 Aspectos gerais do Controle de Constitucionalidade

Algumas considerações gerais quanto ao controle de constitucionalidade serão apresentadas, nessa seção, à luz da Constituição Federal de 1988, ainda que não se registre a pretensão de esgotar o debate acerca do tema, mas apenas esclarecer alguns pontos diretamente relacionados à temática proposta.

Costa (2012, p. 40), lembra que a Constituição Federal, como norma jurídica, tem como uma de suas características a imperatividade, porém, com uma feição peculiar, dada o princípio de “Supremacia Constitucional”<sup>12</sup>, que a coloca em posição de proeminência, de destaque, de superioridade sobre as demais. Dessa forma, parte-se do pressuposto de que, para existir o controle de constitucionalidade, o ordenamento jurídico deve ser escalonado, o que significa que um ato normativo superior deve servir de validade para o inferior. Do fato de a Constituição ocupar o ponto mais alto de um ordenamento, decorre o princípio segundo o qual os atos inferiores devem ser com ela compatíveis.

Nesse sentido, a autora ressalta que “o controle de constitucionalidade afigura-se uma importante garantia daquela supremacia, pois, por meio dele, é possível afastar antinomias que venham a agredir os preceitos da Constituição”.

Ainda sobre o controle, Costa (2012) cita o trabalho de Dirley da Cunha Júnior (2010):

o controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e

<sup>12</sup> O princípio de “Supremacia Constitucional” foi edificado pelo jurista Hans Kelsen, baseado na ideia de escalonamento normativo, segundo o qual é dada a interpretação da Constituição como o ponto mais alto de um ordenamento, sendo que os atos inferiores devem ser com ela compatíveis.

atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados. (Cunha Júnior, 2010, p. 262-263 apud Costa, 2012, p. 240)

Dessa forma, o controle de constitucionalidade pode ser realizado de várias maneiras, sendo classificado pela doutrina quanto à natureza do órgão controlador, quanto ao momento do controle e quanto ao modo de exercício.

### **3.1.1 Modalidades de controle.**

#### 3.1.1.1 Quanto à natureza do órgão controlador

O controle de constitucionalidade, quanto à natureza do órgão controlador, pode ser classificado de três formas: (1) controle político (ou não judicial), em que a “verificação da constitucionalidade cabe a um órgão com natureza política, não integrante do Poder Judiciário”; (2) controle judicial (ou jurisdicional, ou judiciário, ou jurídico), em que “o controle faz parte do Poder Judiciário ou, mesmo sem integrá-lo, tem atuação de natureza jurisdicional”; ou (3) aquele que ocorre quando a Constituição submete certas normas ao controle político e outras ao judicial, constituindo-se um controle misto (ou eclético, ou híbrido), que é a espécie adotada no Brasil, conforme veremos a frente (Bulos, 2009, p. 111-112 apud Costa, 2012, p. 241).

#### 3.1.1.2 Quanto ao momento do controle

Além disso, o controle também pode ser classificado quanto ao momento em que é realizado, sendo: (1) preventivo (ou a priori) quando se refere ao realizado antes do ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico e visa a evitar o ingresso da norma desconforme no ordenamento jurídico, ou (2) repressivo (ou a posteriori) que é posterior a entrada, ou seja, depois de perfeito o ato, de promulgada a lei, com o objetivo de expurgar a norma contrária à Constituição (Ferreira Filho, 2008, p. 36 apud Costa, 2012, p.242).

Tanto o controle preventivo quanto o repressivo podem ser realizados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. De sorte que, o controle preventivo realizado pelo Legislativo:

tem fundamento no próprio processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal, uma vez que os projetos de lei devem ser analisados por ambas as casas do Congresso Nacional, o que oportuniza aos parlamentares verificar a constitucionalidade dos dispositivos constantes na norma e, caso em desconformidade com a Carta Maior, rejeitá-los ou emendá-los, de forma a compatibilizá-los aos direitos e deveres constitucionalmente previstos (Costa, 2012, p.242).

No que tange ao realizado pelo Executivo, Costa (2012, p. 242) cita o chamado veto jurídico<sup>13</sup>, instrumento pelo qual o Presidente da República, caso considere o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, tem o poder de vetá-lo, no prazo de quinze dias úteis. Já o controle prévio realizado pelo Judiciário “objetiva garantir ao parlamentar o direito de participar de um processo legislativo constitucional. O controle ocorre pela via de exceção, com o intuito de defender o direito do parlamentar.” (Costa, 2012, p.243).

Embora com proeminência do Judiciário, da mesma forma que o preventivo, o controle repressivo pode ser praticado pelos três poderes. Contudo, o controle repressivo realizado pelos poderes Legislativo e Executivo “representa exceção à regra geral do sistema de controle jurisdicional misto adotado no Brasil” (Costa, 2012, p. 243). O Legislativo realizaria controle repressivo dada a possibilidade do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa<sup>14</sup>, e por meio da análise das medidas provisórias editadas pelo presidente da República<sup>15</sup>, ambos previsto na própria Constituição Federal de 1988. No tocante ao controle repressivo realizado pelo Executivo tem-se que “este se relaciona aos chamados 'efeitos irradiantes' produzidos pelo princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual os poderes devem cumprir as leis compatíveis com a Constituição” (Costa, 2012, p. 243).

De forma resumida, no Direito brasileiro, o controle repressivo de constitucionalidade é feito predominantemente pelo Judiciário, ou seja, é esse o poder responsável pela possível retirada do ordenamento jurídico de uma lei ou ato normativo contrários à Constituição, enquanto o controle preventivo fica mais a

<sup>13</sup> O veto jurídico, de acordo com Costa, tem seu fundamento, no art. 66, § 1º, da Constituição Federal (2012, p. 242).

<sup>14</sup> Tal competência, que é exclusiva do Congresso Nacional, está prevista no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

<sup>15</sup> Previsto no artigo 62, da Constituição Federal de 1988.

cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, que evitam que uma norma considerada inconstitucional passe a ter vigência e eficácia.

### 3.1.1.3 Quanto ao modo de controle judicial

O controle realizado pelo Judiciário pode ser o “objeto principal da demanda ou uma preliminar que surge de forma incidental” (Costa, 2012, p. 244). O controle principal de constitucionalidade se realiza por meio de uma “ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade” (Cunha Júnior, 2010, p. 327 apud Costa, 2012, p. 244). Então, o objetivo da ação, delimitado pelo autor, é questionar a constitucionalidade da norma para que, a partir disso, ela possa ser declarada constitucional ou inconstitucional.

Com origem no sistema austríaco, o controle principal possui como características o questionamento da norma de forma abstrata, independente de um caso concreto, além, da fiscalização pelo Poder Judiciário (Costa, 2012, p. 244). O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, tem como competência definida em seu art. 102, I, a:

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

I – processar e julgar, originariamente:

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

Assim, temos os mecanismos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ambas com processos regulamentados pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999<sup>16</sup>.

O controle principal tem, também, como uma de suas características efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, valerá para todos e retroage<sup>17</sup>. Não obstante, há previsão da técnica chamada modulação de efeitos<sup>18</sup> pelo órgão de controle, pela qual o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro

<sup>16</sup> Além destes instrumentos, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta por Omissão (ADO), outros dois mecanismos do controle concentrado de constitucionalidade

<sup>17</sup> A distinção das expressões “*ex tunc*” e “*ex nunc*” pode ser melhor esclarecida a partir da apresentação de seus significados, que, provindos do latim, são “desde então” e “a partir de agora”, respectivamente.

<sup>18</sup> A modulação de efeitos é técnica prevista pela Lei n. 9.868/1999, em seu art. 27.

momento que venha a ser fixado, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Mas a modulação de efeitos deve ser expressa e determinada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, em razão do dominante princípio da nulidade da lei inconstitucional, uma vez que a regra é o supracitado efeito *ex tunc*. Assim, caso não seja feita a observação, os efeitos serão considerados retroativos, e, por isso, haveria o entendimento pela Corte de possibilidade de embargos de declaração “quando a decisão não menciona os efeitos temporais do julgado” (Costa, 2012, p. 245).

Por fim, vale mencionar que a modulação pode ser aplicada independentemente de pedido tanto do requerente quanto do requerido e que se pauta em razões de segurança nacional ou de excepcional interesse social (Costa, 2012, p. 246).

Dessarte, por meio do controle principal analisa-se a norma de forma abstrata; sem um caso concreto e reserva-se competência ao Supremo Tribunal Federal, sem a admissão de desistência após a propositura da ação, a decisão sobre seus efeitos.

No tocante ao controle incidental, de forma oposta ao controle principal, “há um caso concreto, cuja solução depende da análise sobre a aplicação ou não de determinada lei, o que leva a verificação de sua constitucionalidade” (Costa, 2012, p. 247). Dessa forma, a análise referente à constitucionalidade da norma deve ser realizada antes de ser analisado o mérito da causa, aparecendo como questão prejudicial, o que significa que, “o julgador deve decidir sobre a conformidade da norma com a Constituição e, em seguida, sobre a sua aplicação ao caso concreto” (Costa, 2012, p. 247).

À vista disso, o controle incidental pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Todavia, sobre esse último, o autor realça a chamada cláusula de reserva de plenário, prevista na Carta Federal, que estipula que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (art. 97 da CF/88).

Vale mencionar súmula vinculante do STF que preceitua que a decisão que afasta a incidência de lei ou ato normativo está realizando o controle de

constitucionalidade incidental, por mais que não expresse claramente tratar-se de controle (Costa, 2012, p. 248).

Ademais, no âmbito do controle incidental “os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc* e restringem-se às partes” e é da competência privativa do Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Corte<sup>19</sup>, tal qual previsão constitucional contida no art. 52, X.

### **3.1.2 Espécies sujeitas a controle.**

O ato público pode conter divergências com a Constituição Federal, “entretanto, é possível que não haja previsão para o questionamento direto da constitucionalidade desse ato” (Costa, 2012, p. 248), pois uma coisa é reconhecer a inconstitucionalidade que afeta o ato público ou privado; outra é controlá-la” (Bulos, 2009, p. 109 apud Costa, 2012, p. 248).

O controle de constitucionalidade, como visto acima, é competência do Supremo Tribunal Federal e relaciona-se à lei e ao ato normativo, particularmente por meio da ADI. Nesse sentido, no dizer de Moraes:

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo. (Moraes, 2003, p. 608 apud Costa, 2012, p. 249)

Portanto, como requisito, o ato deve ter “conteúdo normativo, prescrição geral e abstrata e ter relação direta com a Constituição Federal.” (Costa, 2012, p. 249). Além disso, deve direcionar-se o questionamento ao comando constitucional e não a um infraconstitucional.

Qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em norma infralegal é inconstitucional. Afinal, “uma vez ultrapassados esses limites, ela

<sup>19</sup> Costa aborda superficialmente que essa suspensão dos efeitos da lei inconstitucional a cargo do Senado Federal gerou uma interessante discussão uma vez que, de um lado, há o entendimento de ser discricionária a suspensão e, de outro, há entendimento, ainda que minoritário, no sentido de que a decisão definitiva não carece desse ato pelo Senado Federal para suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional por meio do controle difuso (Costa, 2012, p. 248).

produz inovação que pode ser confrontada diretamente em face da Constituição” (Costa, 2012, p. 250).

As normas primárias, nesse sentido, possuem vinculação direta com a Constituição, mas onde não existe essa vinculação, deve-se observar a norma que é superior. Nesse sentido Costa cita José Afonso da Silva:

[...] do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição.

A incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. (Silva, 2005, p. 47 apud Costa, 2012, p.250).

Em decorrência dessa compatibilidade vertical, as normas primárias devem ser objeto de análise quanto à sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Já as que possuem fundamento de validade em uma norma infraconstitucional devem ser questionadas por outro critério, qual seja, sua legalidade ou ilegalidade (Costa, 2012, p.250). Essa discussão atinge o debate acerca do decreto autônomo de forma determinante, e influencia a visão do decreto como um instrumento que aumenta o poder do presidente.

A necessidade de conformidade com a Carta constitucional fica clara da mesma forma que a diferença entre a desconformidade do seu controle. Reforça-se, então, que o controle de constitucionalidade dirige-se às chamadas normas primárias decorrentes diretamente da Constituição Federal, enquanto que nas demais formas o questionamento se baseará no âmbito da legalidade ou ilegalidade.

Vale, ainda, mencionar que o STF admite controle concentrado apenas sobre normas gerais, ao passo que as individuais, sendo atos de efeito concreto, serão admitidas apenas quando editado em forma de lei. Afinal, como esclarecido por Lanza:

“De modo geral, o STF afirma que, em razão da inexistência de densidade jurídico-material (densidade normativa), os atos estatais de efeitos concretos não estão sujeitos ao controle abstrato de constitucionalidade (STF, RTJ 154/432), na medida em que a ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional.” (Lenza, 2012, p. 297).

### **3.2 A oitava espécie normativa brasileira: o decreto autônomo no STF**

A administração pública possui poderes que são considerados pela doutrina poderes-deveres, dentre os quais pode-se elencar os seguintes: normativo, disciplinar, poder de polícia e os decorrentes da hierarquia (Marques, 2006).

O poder normativo será aqui tratado conforme a previsão expressa no inciso IV, art. 84., da CF/88, que atribui competência privativa ao Presidente da República para sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Então, trata-se do poder normativo que se realiza por meio de decretos. Afinal, "como regra geral, o Presidente da República materializa as competências do art. 84. por meio de decretos. É o instrumento através do qual se manifesta." (Lenza, 2012, p. 652).

Sobre o ponto, Costa (2012, p. 251) destaca que: "a doutrina entende por decreto um meio pelo qual a Administração exterioriza sua vontade, um veículo de expedição de ato, de continente, e não de conteúdo". Nesse estudo, o poder normativo ou regulamentar será analisado partindo do entendimento da dicotomia entre normas primárias e secundárias, considerando-se primárias as normas fundadas diretamente no texto constitucional (Amaral Júnior, 2003). Dessa forma, sete "espécies normativas" são apresentadas no art. 59 do texto constitucional vigente, sendo elas: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Amaral Júnior:

Desse ato normativo inicial [a Constituição – nota do autor] deriva toda a ordem jurídica. Todavia, de imediato decorrem dele atos que, embora em nível inferior quanto à origem, já que estabelecidos por poder por ele canalizado, têm eficácia igual em consequência de sua própria determinação. [é o caso das emendas constitucionais – nota do autor]

(...)

Do ato inicial, todavia, ainda derivam outros atos que podem ser ditos primários, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição. (Ferreira Filho, 1995, p; 198-199 apud Amaral Júnior, 2003, s/p)

Já o decreto, enquanto ato regulamentar – tem natureza de ato normativo secundário uma vez que encontra fundamento de validade em um ato normativo primário (Amaral Junior, 2003). O debate sobre tal temática toma contornos interessantes uma vez que "levando-se em conta a hierarquia das normas, de modo geral, o controle de constitucionalidade refere-se às normas primárias, ao passo que, quanto às normas secundárias, tem-se o controle de legalidade" (Costa, 2012, p.238).

Durante um longo período, o decreto presidencial teve fundamento constitucional de validade indireta, já que se limitava a regulamentar a lei. Dessa forma, ainda que considerado um ato normativo, como não podia ser verificado diretamente com o texto constitucional, este não poderia ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Mas, mesmo antes da Emenda Constitucional nº32, de 11 de setembro de 2001, parte da doutrina – não majoritária – defendia o cabimento, no Direito brasileiro, do decreto autônomo (Amaral Junior, 2001, s/p.).

A partir da aprovação Emenda Constitucional Nº 32, de 11 de setembro de 2001 (EC 32/2001), os decretos presidenciais podem ser tomados como atos concretos, normativos regulamentares, ou até mesmo como atos normativos autônomos, todavia, com seu conteúdo, como ato autônomo, limitado às matérias relacionadas com a organização administrativa do Poder Executivo Federal, dadas as restrições estabelecidas na nova redação do art.84 da CF/88. A EC 32/2001 excluiu a expressão "na forma da lei" passando a vigorar o seguinte texto:

Art.84.Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

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

Assim, "com o advento da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, a ordem jurídica brasileira indubitavelmente ganhou uma oitava espécie normativa primária, a saber, o decreto quando relativo a determinadas matérias que, a teor da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, dele passaram a ser privativas, sem intermediação da lei. Dessa forma, foi cedida a fundamentação constitucional de validade imediata ao instituto do decreto com conteúdo normativo autônomo, mesmo sem intermédio de lei (Amaral Junior, 2003).

### **3.2.1 Diferenciação entre decreto autônomo e o regulamentar**

A "oitava espécie normativa" despertou grande interesse teórico dadas as mudanças que gerou no ordenamento jurídico brasileiro. Considera-se que, a partir da EC 32/2001, a diferenciação entre o decreto autônomo e o regulamentar tornou-se mais clara com a alteração constitucional. A definição clássica de decretos,

contida no manual de redação oficial da Presidência da República, de 2002, como "atos administrativos da competência exclusiva do Chefe do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas, de modo expreso ou implícito, na lei", passou a não compreender a figura dos decretos autônomos.

Dessa maneira, atualmente, o manual de redação oficial da Presidência da República passou a mencionar três tipos de decreto, sendo eles os singulares, os regulamentares e os autônomos. Os decretos singulares são os que "podem conter regras singulares ou concretas" (v. g., decretos de nomeação, de aposentadoria, de abertura de crédito, de desapropriação, de cessão de uso de imóvel, de indulto de perda de nacionalidade, etc.). Já os regulamentares seriam atos normativos subordinados ou secundários, segundo o manual. Este também aponta que:

a diferença entre a lei e o regulamento, no Direito Brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei inova originariamente o ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas fixa, tão-somente, as "regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinadas". Não se pode negar que, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, a generalidade e o caráter abstrato da lei permitem particularizações gradativas quando não têm como fim a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer. Disso resulta, não raras vezes, margem de discricção administrativa a ser exercida na aplicação da lei. Não se há de confundir, porém, a discricionariiedade administrativa, atinente ao exercício do poder regulamentar, com delegação disfarçada de poder. Na discricionariiedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou a restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários. Na delegação, ao revés, não se identificam, na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento." (2002, p.101)

A discussão concernente à nomenclatura de regulamento ou decreto autônomo foi assentada, basicamente, na diferenciação acima exposta. Seguindo o sobredito manual, tal espécie normativa "decorre diretamente da Constituição, possuindo efeitos análogos ao de uma lei ordinária" (2002, p. 101).

Assim, nesse trabalho, entende-se que decreto regulamentar "é aquele previsto na Carta Maior para complementar ou detalhar a disciplina de uma norma legislativa" (Di Pietro, 2004, p. 78), não sendo permitido que invada a reserva legal. Dessa forma, no dizer de Costa:

[...] os decretos regulamentares (ou de mera execução) são atos normativos derivados, não inovam na ordem jurídica, não criam ou extinguem direitos, apenas regulamentam uma norma infraconstitucional na qual encontram seu fundamento de validade. (Costa, 2012, p. 263)

Vale esclarecer que a reserva de lei, ou reserva legal, é compreendida nesse trabalho, como a “previsão constitucional de que a regulamentação de determinados temas será de competência de lei em sentido formal” (Costa, 2012, p. 267).

Já o decreto autônomo é aqui compreendido como uma espécie do gênero decreto executivo, que dispõe sobre assuntos que ainda não foram disciplinados pelo legislador (Bulos, 2009, p. 170 apud Costa, 2012, p.254). Logo, ele não terá a lei como fonte de validade, sendo “a norma a criar, modificar, ou extinguir direitos e deveres na ordem jurídica, razão pela qual a doutrina entende que o decreto autônomo retira seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, sem necessidade de uma lei intermediária.” (Costa, 2012, p.254).

Destaca-se que ele se restringe às hipóteses de organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e de extinção de funções ou cargos públicos, quando vago (Art. 84., VI, da Constituição).

Os decretos autônomos, também, “não devem ser utilizados quando a Constituição possuir previsão de uma outra forma específica para tratar sobre determinada matéria, ou seja, também não podem invadir a reserva legal, podem tão somente suprir as lacunas deixadas por lei” (Costa, 2012, p.255). Ademais, o decreto autônomo é submetido à chamada “reserva de Administração” (Alexandrino e Paulo, 2006, p. 336 apud Costa, 2012, p.255).

### **3.2.2 A divergência doutrinária sobre o decreto autônomo**

Além do referido debate sobre a distinção entre decretos autônomos e regulamentares, há, ainda, “divergência doutrinária sobre a possibilidade de os decretos autônomos serem ou não amparados pelo sistema constitucional brasileiro” (Costa, 2012, p.257), não apenas em razão do princípio da legalidade, tendo em consideração que os decretos são atos subordinados e sempre dependendo de lei (Costa, 2012, p.258), mas também pela necessidade de previsão expressa na Constituição. Por fim, um argumento vinculado às alíneas “a” e “b” do inciso VI, do art. 84 da Constituição apontaria que nenhuma delas faz referência à criação ou extinção de direitos ou obrigações.

Por outro lado, argumentos favoráveis podem ser colhidos na doutrina, baseados na supressão da expressão “na forma da lei”, dada a alteração posta pela EC n. 32/2001.

Dessa forma, a defesa do instrumento é feita com ressalvas e destacando precisamente o delimitado nas alíneas *a* e *b* do inciso VI do art. 84 da Constituição Federal (Costa, 2012, p. 263). Então, mesmo após o amplo debate sobre a possibilidade do decreto autônomo no direito pátrio, fica claro o entendimento deste como uma nova espécie normativa, sendo, portanto, distinto do regulamentar. A partir disso, discute-se, a seguir, o controle de constitucionalidade a fim de mostrar a importância dele no debate sobre separação dos poderes.

### **3.3 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos.**

O controle sobre os decretos executivos é feita de duas formas, dada a diferença entre decretos autônomos e regulamentares acima descrita, em face da legalidade e da constitucionalidade. Para elucidar tal distinção, o controle de legalidade e constitucionalidade será apresentado a seguir.

#### **3.3.1 Controle de legalidade dos decretos regulamentares.**

Os decretos regulamentares, quando apresentam impropriedades devem ser confrontados com a lei. Afinal, segundo Costa (2012, p. 263):

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

Essa impropriedade, então, aciona o controle de legalidade que pode ser realizado por instrumentos de controle difuso no caso concreto. Logo, não é adequado tratar de constitucionalidade ou inconstitucionalidade desta norma infralegal, uma vez que, no caso dos decretos regulamentares, haveria uma ofensa apenas indireta à Constituição. Afinal, essa espécie de decreto afrontaria uma norma infraconstitucional primeiro, posto que, como visto na seção anterior, são atos normativos derivados. Além disso, Costa (2012, p. 264) aponta que:

O Supremo Tribunal Federal firmou seu posicionamento no sentido de não conhecer ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto regulamentar,

justificando tal inteligência na impossibilidade jurídica da ação, pois entende que a ação direta de inconstitucionalidade está relacionada aos atos normativos primários.

A autora faz uso de alguns julgados para ilustrar o posicionamento jurisprudencial do Supremo quanto à questão, dentre os quais destaca-se o seguinte:

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

Além disso, não há que se falar em conhecimento de controle de constitucionalidade dos decretos no caso de inconstitucionalidade indireta, que ocorre quando a lei regulamentada pelo decreto é inconstitucional e este é, de modo reflexo, ilegal e, de forma indireta, também seria inconstitucional. (Costa, 2012, p. 265). Destaca-se, entretanto, que estes poderão sofrer controle de legalidade.

De forma sucinta, o que se acentua é que “o decreto regulamentar em desconformidade com a lei que regulamenta será *contra legem* e, em consequência, estará eivado de vício de legalidade, não sendo cabível ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (Costa, 2012, p.266). Como mostrado a seguir, a discussão sobre o controle do decreto autônomo se de forma distinta a do regulamentar.

### **3.3.2 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações doutrinárias e jurisprudenciais.**

O controle de constitucionalidade dos decretos autônomos têm sido admitido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, mesmo com os questionamentos

contrários à aceitação deles no sistema constitucional brasileiro. Nesse sentido, quanto à discussão doutrinária, dois pontos se destacam como principais: o primeiro acerca dos limites da lei e outro referente ao princípio da reserva legal. A respeito dos limites da lei, “a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional” (Martins; Mendes, 2012, p. 266).

Esse limite “diz respeito à matéria tratada pela lei, pois aquilo nela disposto será a medida para aferição da ocorrência de inovação ou não da ordem jurídica pelo decreto”, de modo que, em relação ao decreto autônomo a “excepcionalidade está exatamente no fato de o controle de legalidade dos decretos ser a regra, e o confronto direto com a Constituição a exceção admitida apenas quando forem autônomos” (Costa, 2012, p. 266).

Com relação ao princípio da reserva legal, Costa (2012, p. 267) aponta que:

O decreto que se enquadra como autônomo, para fins de controle, não está em desconformidade com a lei por dispor de maneira diversa do que ela dispõe, mas, na verdade, está em desconformidade com a Constituição por dispor sobre assunto não disposto por nenhuma lei e com previsão constitucional da chamada “reserva legal”.

Ainda sobre o assunto, ressalta-se o raciocínio de João Paulo Castiglioni Helal:

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

[...]

O decreto que não visa a regulamentar lei ou que não se especia nela é um ato normativo autônomo, ferindo o princípio constitucional da reserva legal, sendo, por isso, passível de controle da constitucionalidade. Nas demais hipóteses, a questão situa-se no âmbito legal, não dando azo ao conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto o decreto. (Castiglioni, 2006, p. 220-221 apud Costa, 2012, p.268)

Assim, o confronto do decreto autônomo em face da Constituição é viabilizado quando da não adequação à reserva de lei. Nessa situação, “ao invadir uma matéria cuja disciplina a Constituição reservou à lei, com exclusão de qualquer outra fonte infralegal, o Poder Executivo incorre em vício de competência” (Costa, 2012, p.269).<sup>20</sup>

No que concerne às considerações jurisprudenciais, destaca-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal também é favorável ao controle de

<sup>20</sup> Costa inclusive aborda que a reserva de lei é objeto de análise para o conhecimento da demanda que envolve o controle de constitucionalidade de decretos autônomo (2012, p. 272).

constitucionalidade do decreto autônomo, ainda que a jurisprudência tenha se firmado no entendimento desse controle como excepcional, em consonância com as considerações doutrinárias já tratadas. Nesses termos, “os decretos autônomos representam uma exceção dentro dos decretos no que diz respeito à possibilidade de controle de constitucionalidade”, enfatizando-se que o controle é admitido também “se apenas em parte ele não regulamentar lei, pois tal situação já será suficiente para caracterizá-lo como autônomo” (Costa, 2012, p. 270). Nesse caso, o controle será feito na parte que caracteriza o decreto como autônomo. Para elucidar tal consideração, observe-se o seguinte julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Decreto n. 409, de 30.12.91. Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal<sup>21</sup>.

A questão da reserva legal também é apresentada na perspectiva jurisprudencial, nos seguintes termos:

[...] é possível pensar que se trata de inconstitucionalidade formal, apesar de que, para caracterizá-la, será necessário analisar o conteúdo do decreto.  
[...]  
O conteúdo do decreto faz com que ele seja autônomo, e essa situação afronta a reserva legal porque formalmente a regulamentação da matéria deveria ser realizada por lei formal (Costa, 2012, p.270).

Assim, o que possibilita o confronto de um decreto à Constituição é a afronta ao princípio da reserva de lei, o que decorreria dos decretos “no sistema jurídico brasileiro, segundo doutrina majoritária, terem por finalidade a regulamentação das leis, de modo a possibilitar sua fiel execução.” (Costa, 2012, p. 270). Dessa forma, enfatiza-se mais uma vez que um decreto ultrapassando essa função e inovando originariamente é considerado autônomo, “fere a reserva de lei e, a partir de então, sua constitucionalidade é questionável” (Costa, 2012, p. 271). Logo, depreende-se que a reserva de lei é base para que a regulamentação feita pelo decreto seja verificada, pois “ele não pode dispor sobre matéria que a Constituição Federal determinou ser objeto de lei formal” (Costa, 2012, p. 275).

Além disso, é fundamental considerar o debate em torno da questão da reserva de lei em sua vinculação ao tema da separação dos poderes:

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 708-DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Moreira Alves. Brasília-DF, 7 ago. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

Outro argumento para sustentar a possibilidade de controle de constitucionalidade de decretos autônomos é o fato de que, invadindo a reserva de lei, ocorre transgressão do princípio constitucional e cláusula pétrea da separação de poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF), pois o Poder Executivo estaria invadindo a função típica do Poder Legislativo (Costa, 2012, p. 271).

Costa (2012, p. 271) faz esse importante apontamento alicerçado no seguinte julgado:

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

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

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes<sup>22</sup>.

Assim, Costa (2012, p. 275) conclui que “como consequência da violação da reserva de lei, a separação dos poderes apresenta desequilíbrio, uma vez que a função típica de legislar pertence ao Poder Legislativo e na regulamentação feita por decreto o ator a realizar essa tarefa será o Poder Executivo”. Tal assertiva reforça a importância dessa discussão, principalmente entendendo que o instrumento do

<sup>22</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2075-RJ. Requerente: Partido Social Liberal. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Celso de Mello. Brasília-DF, 7 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

decreto autônomo se encontra nesse limite de atuação dos poderes, sendo o controle sobre ele de fundamental relevância para a manutenção do equilíbrio e harmonia entre os poderes.

A autora aborda, inclusive, que “essa função típica de legislar não pode ser delegada por seu titular, o Poder Legislativo, ao Poder Executivo nem mesmo por lei formal, em razão da supremacia da Constituição” (Costa, 2012, p. 275). Por conseguinte, caso seja feita alguma delegação de assunto em que haja previsão constitucional de reserva de lei, por parte o Poder Legislativo para o Poder Executivo, e, a partir disso, o assunto seja tratado por decreto, “tanto a lei quanto o decreto serão passíveis de controle de constitucionalidade, ambos estarão em situação de conflito com a Constituição Federal” (Costa, 2012, p. 273).

Além disso, é necessário esclarecer que o decreto autônomo pode sofrer controle pela infringência a outros princípios ou dispositivos constitucionais, para além da reserva de lei, ou seja, outras possíveis divergências com a Constituição são verificadas pelo controle de constitucionalidade dos decretos autônomos (Costa, 2012, p. 275).

Em síntese, entende-se que a discussão doutrinária sobre o controle de constitucionalidade dos decretos autônomos concentra-se, principalmente, nos limites da lei e no princípio da reserva legal, enquanto que a jurisprudencial apresenta, além da reserva de lei, considerações relativas à separação de poderes, à supremacia da Constituição e à análise sobre outros princípios e dispositivos constitucionais (Costa, 2012).

Forçoso admitir, portanto, que o controle de constitucionalidade desses decretos é admitido “para declará-los constitucionais ou inconstitucionais, com destaque, quanto à matéria, para o princípio da reserva de lei e da separação dos poderes” (Costa, 2012, p.278). Por conseguinte, ressalta-se, mais uma vez, que o controle sobre esse novo instrumento se faz necessário para a manutenção do equilíbrio entre os poderes.

Assim, após a apresentação da nova espécie normativa, elucidação dos tipos de decreto e, também, discussão sobre a possibilidade de seu controle, se faz necessário verificar o uso desse novo instrumento. Dessa forma, a discussão sobre o decreto autônomo será feita tomando-o como um possível instrumento (proativo) que possibilitaria a influência do Executivo na produção legislativa.

#### 4. UM NOVO INSTRUMENTO (ATIVO) DE INFLUÊNCIA DO EXECUTIVO

O presidente brasileiro tem um papel fundamental no processo legislativo, sendo o decreto autônomo considerado, nesse trabalho, como instrumento que influencia seu controle sobre o processo legislativo. Além disso, como visto, existe a possibilidade do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, destacado, inclusive, pela sua relevância como freio para os casos de transgressão do princípio da separação de poderes. No entanto, indaga-se: o decreto autônomo aumentou o poder de agenda da presidência brasileira? Para responder tal questionamento, inicialmente, procura-se verificar seu uso.

Após delimitado, no capítulo 3 do trabalho, que um decreto autônomo deve ser independente em relação a outras leis ou atos, buscou-se encontrar dentre os decretos editados após a EC 32/2001, aqueles com tal característica. Nesse sentido, aqui será apresentado, de forma descritiva, o uso do instrumento, em relação aos demais tipos decreto.

Com o objetivo de apresentar quais decretos têm características de decreto autônomo, ou seja, quais são baseados nas alíneas “a” e “b” do inciso VI do art. 84. da Constituição Federal, uma busca foi realizada na parte do preâmbulo que contém a declaração da atribuição constitucional ou legal em que se funda para promulgar o ato<sup>23</sup>, compreendendo os decretos presidenciais<sup>24</sup> publicados a partir de 11 de setembro de 2001, data da publicação da EC 32/2001, até dezembro de 2014.

A busca compreendeu um universo de 4473 decretos editados no período analisado, dentre os quais foram encontradas 1814 decretos com menções às referidas alíneas do art. 84 da CF/88. Esse universo foi reduzido para 584 decretos,

<sup>23</sup> Tal parte também é denominada “Fundamento legal”, de acordo com o modelo disponibilizado pela Subchefia para Assuntos Jurídico da Presidência da República, que se encontra disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/dicas/Autoria.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dicas/Autoria.htm)>. Acesso em 16 de junho de 2016.

<sup>24</sup> A busca foi feita a partir de um algoritmo web crawler, que sistematicamente coletou as informações sobre os decretos presidenciais que estão disponíveis para consulta em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/\\_Dec\\_ano.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/_Dec_ano.htm)>. Acesso em 16 de junho de 2016. Após a coleta foi realizada uma filtragem pelas menções alíneas “a” e “b” do inciso V do art. 84. da Constituição Federal.

a partir da análise da fundamentação exclusiva<sup>25</sup> nas supracitadas alíneas do artigo 84 da Constituição. Esse são considerados autônomos em sua fundamentação<sup>26</sup>.

Entretanto, destaca-se novamente a possibilidade do controle apenas sobre uma parte do decreto que, dada inovação, seria caracterizada como autônoma (Costa, 2012, p.270). Todavia, para fins de análise, no presente trabalho, foram considerados apenas os decretos que têm fundamentação exclusiva nas alíneas já citadas, sem ignorar a possibilidade de análise futura dos decretos do executivo para identificar, também, os que tem em parte característica autônoma.

Seguindo essa metodologia, no Gráfico 1, abaixo, observa-se a porcentagem de decretos autônomos em relação ao total de decretos emitidos, por ano. Nota-se, então, a ascensão do uso do instrumento, que no ano de 2013 esse montante chegou a 25% do total de decretos. Entende-se, portanto, que decretos com características de autônomo são amplamente utilizados pela presidência, uma vez que a média do uso de chega a 13%, considerando todo o período analisado.

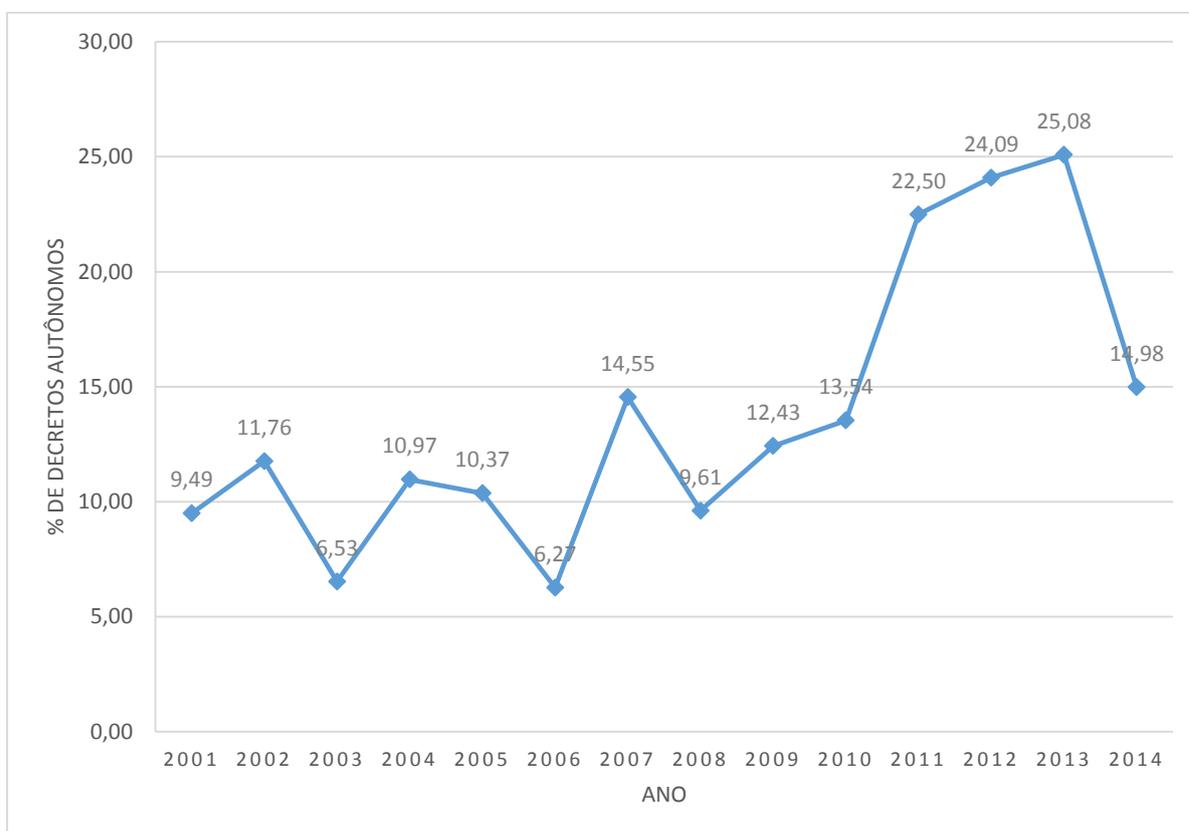
O amplo uso do decreto autônomo pela presidência reforça a necessidade do exercício do controle de constitucionalidade, como instrumento de checagem, para manutenção do equilíbrio entre os poderes. Todavia, para aprofundar a discussão sobre a importância do instrumento enfatiza-se a possibilidade de verificação posterior sobre os temas, áreas e políticas tratadas por meio desse mecanismo, mesmo que seja prevista de antemão a vinculação com a temática da administração pública federal.

Assim, a insurgência de um instrumento que permite ao Executivo ampliar sua esfera de decisão unilateral mostra a relevância de um instrumento de checagem, como o controle de constitucionalidade, que uma vez não tendo contra freio tem grande peso. Além disso, destaca-se que em nível subnacional a interferência desse novo poder de agenda é tão relevante que gerou ampla discussão, também, sobre a possibilidade de seu controle pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que no texto constitucional fica clara a delimitação da temática referente à “administração pública federal”.

<sup>25</sup> Foram descartados todos os decretos que apresentavam no caput outra fundamentação constitucional, além das em leis e atos.

<sup>26</sup> Todavia, dada a decisão das ADI's 3985 e 4051, ambas relativas ao Decreto 5.146 de 20 de julho de 2004, este foi retirado da análise por ser considerado regulamentar. Assim, vale mencionar a possibilidade do decreto ser considerado regulamentar pela menção de norma ou legislação na parte do texto correspondente à Ordem de Execução, mesmo sem alusão em seu Fundamento legal.

Gráfico 1 - Porcentagem de Decretos Autônomos em relação ao total de Decretos emitidos pela Presidência, por ano (2001-2014)



Fonte: elaboração própria.

Nesse sentido, na ADI 3664, julgada em 01 de junho de 2011, sobre o decreto estadual de nº28.104/2001, que alterou o Regulamento do ICMS do Estado do Rio de Janeiro, o relator Min. CEZAR PELUSO, em seu voto afirmou que “não convence o argumento, proposto pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 137), segundo o qual ato administrativo não pode ter a constitucionalidade avaliada em controle concentrado” (2011, p. 24). Afinal, como apontado pelo ministro, o decreto tratado guardaria "indiscutível natureza jurídica de decreto autônomo, visto que não regulamenta nenhum ato normativo" (2011, p. 24).

Assim, com esse exemplo, considera-se que, dado princípio da simetria, o controle de constitucionalidade dos decretos autônomos tem grande importância para o manutenção do equilíbrio dos Poderes, também, em outras esferas de poder.

## CONCLUSÃO

A discussão sobre o presidencialismo evoluiu da crítica a sua suposta tendência a não sustentar regimes democráticos, para a visão da possibilidade de construção e gerenciamento de coalizões pelos presidentes. Nesse sentido, o trabalho de Chaisty et al. (2012), baseados na empreitada de Raile, Pereira e Power (2010), apresentou, sem exaurir o tema, a proposta de que os presidentes contariam com uma “caixa de ferramentas” para formação de coalizões, que consistiria em: Poder de Agenda; Prerrogativas Orçamentárias; Gestão de Gabinete; Poderes Partidários; e, por fim, as Instituições Informais. Tais ferramentas seriam, então, combinadas de forma a empoderar os presidentes no que diz respeito ao gerenciamento de coalizões.

Nessa perspectiva, segundo Chaisty et al. (2012) citando Shugart e Carey (1992), o presidente brasileiro foi considerado um dos mais poderosos do mundo democrático, a partir de 1991, por ter grandes poderes institucionais que facilitariam tal gerenciamento. Conforme abordado ao longo do trabalho, dentre os poderes disponíveis ao presidente brasileiro, o poder de agenda tem grande peso. Isto posto, destacou-se aqui que a maioria dos trabalhos concernentes ao tema, quando trata-se dos poderes ativos de agenda, tem como foco o poder de decreto, principalmente sobre o instrumento da medida provisória.

Todavia, a novidade do instrumento do decreto autônomo no Direito brasileiro acendeu a discussão sobre os institutos proativos de empoderamento do presidente uma vez que, como mostrado no trabalho, este têm sido um instrumento bastante utilizado. Nesse sentido, o debate sobre o controle de tal instrumento se fez necessário, sendo amplamente discutido nesse estudo. Como visto ao longo do trabalho, o posicionamento doutrinário sofreu mudanças bruscas, após a EC 32/2001, que levantou um intenso debate sobre o reconhecimento da figura do decreto autônomo, decorrente do art. 84, VI da Constituição da República.

Partindo da conclusão, aqui apresentada, de que é admitido controle de constitucionalidade sobre os decretos, destacou-se a importância da posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema uma vez que, na qualidade de legislador negativo, cabe a ele tal controle e, assim, a manutenção do equilíbrio na balança de poder, até mesmo em outras esferas da federação. Ressalta-se, novamente, a importância desse recurso como freio de um instrumento que aumentou o poder de

agenda do Executivo brasileiro e que, como apresentado nesse trabalho, tem sido tão utilizado pela presidência.

Afinal, como demonstrado ao longo do trabalho, consoante com o estudo de Costa (2012), o principal argumento que defende a possibilidade de controle constitucional do decreto, quando autônomo, está baseado na reserva de lei, sendo que a separação dos poderes apresenta desequilíbrio quando da violação desta. Dessa forma, tal controle é fundamental para o funcionamento harmonioso das instituições políticas. Por fim, ressalta-se a importância do aprofundamento do estudo sobre o instrumento em si e do controle sobre ele.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto Autônomo: Questões Polêmicas. In: Revista Jurídica Virtual, v. 5, n. 49 – Junho, 2003.

— Decreto Autônomo - Inovação da Emenda Constitucional Revista Jurídica Virtual, n. 32 de 2001 ;v. 3, n. 30, Novembro, 2001.

AMORIM NETO, Octavio. “Presidencialismo e governabilidade”. In: Presidencialismo e Governabilidade nas Américas. Editora FGV, p. 21-26, 2006.

AMORIM NETO, Octávio e TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 1, p. 5-38, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v45n1/a01v45n1.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 28 de junho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n.º 32, de de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm)> Acesso em: 28 de junho de 2016.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 28 de junho de 2016.

BRASIL. Presidência da República. Manual de redação da Presidência da República / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília : Presidência da República, 2002. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/assuntos/manual-de-redacao-da-presidencia-da-republica/manual-de-redacao.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2016.

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

CAREY, John M. “Presidential versus Parliamentary Government”. Handbook of New Institutional Economics, p. 91-122, 2005.

CAREY, John M. e SHUGART, Matthew. Poder de decreto: Chamando os tanques ou usando a caneta?. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo , v. 13, n. 37, p. 149-184, June 1998 . Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091998000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso 28 de Junho de 2016.

CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic and POWER, Timothy. "Rethinking the 'presidentialism debate': conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective". *Democratization*, vol.21, n. 1, p. 72-94, 2012. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/dcp/power2012.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

CINTRA, Antônio Octávio; Presidencialismo e parlamentarismo: são importantes as instituições?. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., p.35-60, 2007.

COSTA, Alaíde Sampailino. O controle de constitucionalidade dos decretos autônomos. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 11, n. 39, p. 237-279, 2012.

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

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

FISCHER, L. *The Politics of Shared Power: Congress and the Executive*. Texas (College Station), The Texas University Press, 1998.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 17, p. 75-106, Novembro, 2001. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782001000200008&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200008&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 19 jun. 2016.

JONES, C. O. *The American Presidency: a Separacionist Perspective*. In: METTENHEIM, K. (ed.). *Presidential Institutions and Democratic Politics: Comparing Regional and National contexts*. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1997.

LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LINZ, Juan. *Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?*. In: *The Failure of Presidential Democracy*, ed. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, 3– 90. Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1994.

MAINWARING, S. *Democracia presidencialista multipartidária: o caso do Brasil*. Lua Nova, São Paulo, n. 28-29, p. 21-74, 1993.

MARQUES, Marcelo Henrique Pereira, *O decreto autônomo da jurisprudência do STF*, 2006.

OMMATI, Fides. *Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 55-82. 1977. Disponível

em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181023>>. Acesso em: 28 de junho de 2016.

RAILE, Eric D.; PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J. *The Executive Toolbox: Building Legislative Support in a Multiparty Presidential Regime*. Political Research Quarterly Onlinefirst, p.1-12, 4 mar. 2010.

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

SHUGART, Matthew S., e CAREY, John M. *Presidents and Assemblies*. New York: Cambridge University Press, p. 1-19, 1992.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Liberty Fund, Indianapolis, 1998.