

4. TÉCNICAS

4.1. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO DECRETO Nº 049/2007

ELAINE MARTINS PARISE

Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Coordenadora do Controle de Constitucionalidade

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Procedimento Administrativo n.º: XXXX-CCConst

Expediente n.º: XXXX

Representante: XXXX

Representado: Poder Executivo

Objeto: Inconstitucionalidade formal do Decreto n.º 049/2007

Espécie: recomendação (que se expede)

Decreto municipal autônomo. Previsão de tráfego de quadriciclos em vias públicas. Autonomia normativa não prevista expressamente em documentos constitucionais. Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Senhor Prefeito,

1. Dos prolegômenos

O cidadão XXX representou nesta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade em relação ao Decreto n.º 049/2007, expedido pelo Prefeito do Município de Camanducaia.

Alega o Representante que o Município não pode legislar sobre trânsito, sendo matéria de competência privativa da União.

Aduz, ademais, que o referido Decreto viola a legislação federal regente da matéria.

Em sendo esse o sucinto relato, entendido necessário, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Tribunal de Justiça, resolve expedir a presente *recomendação* a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que se busque primeiramente uma solução perante o próprio Poder elaborador da norma impugnada, dentro do seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos abaixo.

2. Da fundamentação jurídica

Conquanto o ato normativo possua nobres objetivos, impende reconhecer que não constitui a via adequada para o objetivo a que se destina.

É que, consoante informação prestada por Vossa Excelência, a edição do referido Decreto se deu de forma autônoma, regendo condutas e inovando o ordenamento jurídico, não obstante a ausência de qualquer lei formal para regulamentar, aperfeiçoar ou complementar, desviando-se de direcionamentos insculpidos nas Constituições da República e do Estado, como se demonstrará na seqüência.

2.1 Decreto autônomo. Ausência de previsão constitucional para sua edição. Possibilidade que deve ser interpretada de forma restritiva. Violação aos princípios da separação de poderes e da legalidade estrita.

De fato, o ato normativo ora investivado padece do vício de *inconstitucionalidade formal*. Senão, vejamos.

Dispõe o artigo 84, inciso IV da Constituição da República:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

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

A Constituição do Estado de Minas Gerais, por seu turno, estabelece:

Art. 90 - Compete privativamente ao Governador do Estado:

[...]

VII - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e, para sua fiel execução, expedir decretos e regulamentos;

Inicialmente, é importante salientar que a expedição de decretos é da competência privativa do Chefe do Poder Executivo de cada ente federado, quais sejam, o Presidente da República, o Governador de Estado e o Prefeito Municipal, da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, respectivamente.

Divisa-se dos dispositivos do Ato Normativo em exame que a edição de decretos pelo Chefe do Poder Executivo visa a fiel execução das leis sancionadas e publicadas. Trata-se do poder regulamentar inerente e privativo do Chefe desse Poder que tem por objetivo dar maior concreção e regular pormenores que não é adequado ao

legislador proceder, em face das características de generalidade e impessoalidade que possuem as leis.

Com efeito, percebe-se que o artigo 84 da atual Constituição da República, mais especificamente em seu inciso IV, estabeleceu, de forma expressa, a função regulamentar do decreto que tem como objetivo a explicação ou especificação de um conteúdo normativo pré-existente, visando a sua fiel execução.

Mister frisar, desde logo, que a Emenda Constitucional (EC) n.º 32/2001, que previu exceção à regra da fiel execução da lei, estabelecendo hipóteses de edição de decreto autônomo, a despeito de sua duvidosa constitucionalidade, deve ser interpretada restritivamente, somente dentro das *fattispecie* previstas na Emenda Reformadora, quais sejam, organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, o que, às escâncaras, não são as matérias tratadas no Decreto Municipal que ora se fustiga.

Feita a devida ressalva, voltemos à análise da regra, segundo a qual o decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo tem por escopo tão-somente executar fielmente a lei.

A opção do Legislador Constituinte Originário repousa, desenganadamente, nos *princípios do Estado de Direito e da separação de poderes*, surgidos com as primeiras Cartas da idade contemporânea, quais sejam, a americana de 1787 e a francesa de 1791.

Com efeito, o princípio da separação de poderes apontado surgiu em razão do receio de seus principais teóricos – Locke e Montesquieu – de radicar o poder em mãos únicas. Daí a aparição de três funções de governo claramente distinguíveis cujo exercício se encontra em “departamentos” distintos, uns limitando a atuação de outros (*le pouvoir arrête le pouvoir*), tendo todos por objetivo limitar a atuação do soberano e garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Daí afirmar Thomas M. Cooley, lançando escólios sobre os princípios do direito constitucional norte-americano, que:

Quando todos os poderes da soberania são exercidos por uma só pessoa ou por uma corporação única, que legisla por si só, que decide os casos de violação das leis e dispõe acerca da respectiva execução delas, a questão da classificação de poderes tem apenas, meramente, uma importância teórica [...] Mas, já que um governo com todos os seus poderes assim concentrados, necessariamente, tem de ser um

governo absoluto, no qual é muito provável que a paixão e o arbítrio regulem a ordem dos negócios públicos, em vez do direito e da justiça, é uma máxima na ciência política que, para conseguir o legítimo reconhecimento e proteção dos direitos, os poderes do governo devem ser classificados segundo a sua natureza, e que para tal execução cada classe de poder deve ser confiada a um diferente departamento do governo. Esta disposição dá a cada departamento uma certa independência, que opera como um freio sobre a ação dos outros que poderiam usurpar os direitos e a liberdade do povo, e torna possível o estabelecer e o reforçar as garantias contra quaisquer tentativas de tirania. Por isto, temos os freios e os contrapesos do governo, supostos como essenciais à liberdade das instituições.¹

Não são outros os escólios de Paulo Bonavides, referindo-se especificamente sobre a doutrina imperante na França:

Com a divisão de poderes vislumbraram os teóricos da primeira idade do constitucionalismo a solução final do problema de limitação da soberania. A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. [...] Essa doutrina é, como se vê, o termômetro das tendências antiabsolutistas.²

Para salvaguardar, pois, a liberdade individual burguesa, então nascente, contra os arbítrios do Monarca, o princípio impõe a diversidade de titularidade e exercício das funções estatais.

Daí informar García-Pelayo que:

El hecho de que los poderes del Estado estuvieran divididos, no era nuevo en modo alguno; pero si era nuevo el sentido dado a la división, pues ésta no resultará de una mera concurrencia empírica de poderes, sino de un plan para asegurar los derechos individuales.³

¹ COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 1898. 383p. p.51

² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1996. 230p. p. 45.

³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

E arremata:

Montesquieu establece una teoría clave para el derecho constitucional liberal, que se expresa en los dos postulados siguientes: a) cada función capital del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) ha de tener un titular distinto (poderes); b) en el marco de esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos (statuer y empêcher). Este sistema aparece como resultado de un proceso lógico-racional para asegurar la vigencia de la libertad.⁴

É o próprio Montesquieu, referindo-se à liberdade, quem afirma, à semelhança de Cooley, que:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.⁵

A liberdade burguesa, pois, só estaria garantida, segundo Montesquieu, se o poder pudesse limitar o poder, isto é, sem o caráter absolutista encarnado pelas Monarquias de então, dentro na diversidade de titularidade no seu exercício. Por isso, Cooley, ao classificar as funções dos diversos “departamentos”, ensina:

A classificação natural dos poderes governamentais é em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Poder Legislativo é o de fazer leis e de alterá-las à discrição; Poder Executivo é o que atua na devida execução das leis; Poder Judiciário é o que interpreta e aplica a lei, quando surgem controvérsias concernentes ao que tem sido feito ou omitido nela. Portanto, o Poder Legislativo entende principalmente com o futuro e o Executivo com o presente, ao passo que o Judiciário é retrospectivo, tratando exclusivamente de atos realizados ou ameaçados, de promessas feitas e de injúrias sofridas.⁶

Hodiernamente, tal princípio, que nunca foi na realidade constitucional ensejador

⁴ Ob. cit. p. 155.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851p. p. 166.

⁶ Ob. cit. p. 51.

de poderes absolutamente estanques, vem sendo mitigado pelos diplomas constitucionais positivos, como forma de adequação a nova complexidade social subjacente. Lêda Boechat Rodrigues anota que, sob a presidência do *Chief-Justice* Marshall, a Suprema Corte norte-americana, nos seus primórdios, entendia que a delegação de poder para preencher os pormenores da lei pelo Poder Legislativo aos outros departamentos não constituía violação à separação de poderes.

Sob a presidência de MARSHALL, reconheceu a Côrte Suprema o direito do Congresso de delegar a outros departamentos o poder de 'preencher os pormenores' (*to fill up the details*) da lei. Cuidava-se de *autorização* dada aos tribunais federais de estabelecer normas processuais, desde que não contrariassem as leis dos Estados Unidos.⁷ (Grifos da autora)

Percebe-se que, mesmo ainda no início da recém-criada Federação americana, os outros departamentos do Estado – Executivo e Judiciário – somente poderiam tratar dos pormenores que a generalidade das leis não pode prever. Tudo, ainda, nos limites expressamente previstos na lei a ser detalhada.

Mister reconhecer, entretanto, que a regra que confere funções estranhas a determinado Poder do Estado, que não as naturalmente suas, deverá vir expressamente prevista no texto constitucional, por encerrar, desenganadamente, exceção à regra estabelecida positivamente (art. 2º CR/88).

Por corolário, a atitude legislativa do Poder Executivo sem que haja *autorização expressa do documento constitucional* se traduz em clara usurpação de função competencial determinada, encerrando, destarte, inconstitucionalidade formal do instrumento assim produzido.

É neste sentido que vem se posicionando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO LEGISLATIVO: INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CF, ART. 61, § 1º, II, C. INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA A OUTRO PODER: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CF, ART. 2º.

I. As regras básicas do processo legislativo federal são de observância obrigatória pelos Estados-membros e Municípios.

⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. 407p. p. 53

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

II. Leis que disponham sobre servidores públicos são de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, a, c, f), à Câmara dos Deputados (CF, art. 51, IV), ao Senado Federal (CF, art. 52, XIII), ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça (CF, art. 96, II, b).

III. Lei de iniciativa reservada a outro poder: não-observância: ofensa ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º).

IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.⁸

Mas a liberdade burguesa que queria elidir os arbítrios do Estado absoluto não estaria completamente garantida tão-somente com o princípio da separação de poderes. Era necessário o surgimento do Estado de Direito que, conforme anota ainda García-Pelayo:

Otra garantía fundamental para el conjunto de la constitución liberal burguesa es el Estado de Derecho. [...] en sus orígenes es un concepto típicamente liberal, que – haciendo omisión de sus antecedentes ingleses – nace con el derecho positivo de las revoluciones americana y francesa.⁹

Ainda segundo o autor espanhol, consiste o Estado de Direito na garantia da mesma liberdade burguesa já referida. Por isso:

[...] los órganos del Estado han de actuar exclusivamente con arreglo a normas jurídicas que fijan el círculo de sus competencias. El Estado no solamente no ha de actuar contra *legem*, sino que, además únicamente ha de actuar *secundum legem*, es decir, con arreglo a normas previas, generales, claras y precisas, no contradictorias con aquellos supuestos apriorísticos sobre los que se construye el Estado, normas que forman el núcleo y la justificación de la totalidad del orden jurídico, y que son modo queda eliminada la voluntad arbitraria, el derecho de situación, las posibilidades de lesión de los derechos adquiridos.¹⁰

Por consequência, o Estado encerra uma obrigatoriedade segundo a qual os órgãos

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2731/ES. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. j. 20.03.2003. DJU 25.04.2003.

⁹ Ob. cit. p. 157.

¹⁰ Ob. cit. p. 158.

públicos somente poderão agir dentro nas normas previamente estabelecidas, e, por óbvio, pelo Poder competente, sob pena de malferimento ao seu pressuposto básico: a divisão de poderes.

De efeito, atina-se que quando o Poder Executivo – encarnação contemporânea do Rei absolutista – arvora-se em órgão competente a editar leis de âmbito geral e impessoal, fora das hipóteses expressamente previstas no documento constitucional sob consideração, usurpa funções a outro Poder afetadas, violando, por corolário, a liberdade em todas as suas dimensões.

Isso porquanto, como ensina J. J. Gomes Canotilho, o *princípio da legalidade da Administração Pública* se dicotomiza em *princípio da supremacia ou prevalência da lei* e *princípio da reserva de lei*. Ao caso que verte aos autos, importa o princípio da supremacia da lei que, nas palavras do grande constitucionalista lusitano:

[...] significa a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração (regulamentos, actos administrativos, actos pararegulamentares, actos administrativos gerais como circulares e instruções). O princípio da prevalência da lei vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei).¹¹

Com efeito, resta clara a vinculação exercida pelo diploma legal em relação aos atos da Administração Pública. Não sendo, pois, aquele obedecido ou obstaculizada a produção de seus efeitos por ato normativo da Administração, mostra-se esse flagrantemente inconstitucional, por encerrar violação ao princípio da legalidade estrita da Administração Pública na vertente do *princípio da supremacia da lei*.

Outra coisa não ocorre quando o Chefe do Poder Executivo – frise-se, de quaisquer entidades federadas – edita ato normativo de características genéricas e impessoais. Tal conduta se concretiza, na atual ambiência constitucional, quando aquele Chefe expede decreto, notadamente aquele que não tenha por objetivo a fiel execução de lei formal, porquanto inexistente.

Da mesma forma, no direito alienígena, não há espaço para a figura do *decreto autônomo*. É que, como observa ainda Canotilho, ao tecer comentários sobre o poder regulamentar na Constituição Portuguesa de 1976:

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1504p. p. 257.

Os regulamentos exprimem o exercício de uma competência normativa da administração. Uma pura transferência da competência normativa genérica (mesmo *infra legem*) para o executivo contrasta com o princípio democrático e com o princípio de Estado de direito. É isso que explica o facto de, na actualidade, não se conceberem *regulamentos independentes* que, pelo menos, não tenham fundamento legal no que respeita à matéria a regular (art. 112º/8).¹² (Grifos do autor)

Em terras pátrias, porém no mesmo diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que o decreto deve ter essa função regulamentar sob pena de violação dos dispositivos constitucionais. Nos dizeres do autor:

O princípio da legalidade, que demanda a conseqüente existência da norma legal, como um comando geral e abstrato, ao qual devem se conformar os atos concretos, informa diretamente o *poder normativo do Estado*, como um todo e, como vimos, a espécie de poder normativo especificamente atribuída a cada Poder Orgânico. No caso do Poder Executivo, atribui-se-lhe, para desempenhar sua função administrativa, uma modalidade especial do poder normativo que é o chamado *poder regulamentar*, inerente e privativo do seu chefe (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), de assento Constitucional, para a ‘fidel execução’ das leis (art. 84, IV). Excluiu, portanto, a Constituição, a possibilidade de regulamentos outros que não os de execução.¹³ (Grifos do autor)

Para o autor, o poder regulamentar se traduz em uma modalidade do poder normativo, é uma das formas de expressão da função normativa do Poder Executivo. Este poder pressupõe a existência de uma lei para ser regulamentada, pois a ausência da mesma, caracteriza o chamado “decreto autônomo”, que, na ambiência constitucional hodierna, malfez o princípio da legalidade estrita, bem como, em suma, o próprio Estado Democrático de Direito, como visto.

Destarte, o decreto autônomo inova na ordem jurídica, porquanto estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei previamente.

Maria Silva Zanella di Pietro explica de forma clara essa situação:

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando

¹² Ob. cit. p. 731.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 504p. p. 87.

espaço para os regulamentos autônomos. Na Constituição de 1967, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para ‘dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionalismo dos órgãos da administração federal’, única hipótese de decreto autônomo dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, prevê competência para ‘dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei’.¹⁴

Ainda observa a autora que: “Portanto, no direito brasileiro, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.”¹⁵

Não são outros os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a corroborar os escólios até aqui transcritos:

[...] podemos conceituar o regulamento em nosso Direito como *ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.*

É que os dispositivos constitucionais caracterizadores do *princípio da legalidade no Brasil* impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de *ato estritamente subordinado*, isto é, meramente subalterno e, ademais, *dependente de lei*. Daí que, entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito alienígena como ‘regulamentos executivos’. Daí que, em nosso sistema, *de direito*, a função do regulamento é muito modesta.¹⁶ (Grifos do autor)

Dos escólios, portanto, do administrativista de São Paulo, extrai-se o inelutável corolário segundo o qual o decreto autônomo – tal como ocorre na presente hipótese – encerra odioso malferimento ao princípio da legalidade, e acrescentamos, ao próprio Estado Democrático de Direito, não suportado pela engenharia constitucional inaugurada em 1988.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 644p. p. 88

¹⁵ Ob. cit. p.88

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 1995. 616p. p. 184.

É ainda Mello quem afirma:

É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.¹⁷

Daí, ainda se referindo à cláusula constitucional do artigo 84 e trazendo à baila as lições de Pontes de Miranda, conclui Celso Antônio:

Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado *princípio da legalidade*, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em consequência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: ‘Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não rato, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei’.¹⁸ (Grifos do autor)

É o mestre Pontes de Miranda, agora sob a égide da Constituição de 1946, quem afirma:

Regulamentar é edictar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana. Assim, quando o Poder Executivo, para tornar mais inteligível a regra jurídica legal, enumera casos, exemplificativamente, em que teria de ser aplicado, não adapta o texto à atividade humana, - cria meios que sirvam à atividade humana para melhor se entender o texto. [...] Regulamentar é mais difícil do que fazer a própria lei; exige pleno conhecimento do alcance das regras jurídicas legais (o de que nem sempre têm noção clara os legisladores) e do ramo do direito em que a lei mergulha.¹⁹ (Grifo do autor)

Sob a perspectiva histórica, de efeito, já a nossa primeira Carta Republicana de 1891 impunha a necessidade da existência de lei formal para a criação de decreto

¹⁷ Ob. cit. p. 185.

¹⁸ Ob. cit. p.186

¹⁹ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Max Limonad, 1953. 494p. v. 2. p. 411.

regulamentar respectivo. Em outras palavras: desde o início da República, o Chefe do Poder Executivo somente poderia expedir decretos para a fiel execução de lei correspondente. Eis o teor, no particular, da cláusula inserida na primeira Constituição Republicana, que foi copiada pelas suas sucessoras sem alteração textual de relevância:

Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução;

Destarte, infere-se que, sob o aspecto histórico, nunca pôde o Chefe do Poder Executivo, na República, ressaltada a hipótese lembrada por Di Pietro e aquelas contidas na EC n.º 32/01, expedir decretos autônomos, por estes ensejarem malferimento ao princípio da legalidade estrita.

A engenharia constitucional de distribuição vertical de competências insculpida nas Constituições da República e do Estado de Minas deve ser obedecida pelos municípios em razão do *princípio da simetria*. Isso porque a separação de poderes é hoje, de acordo com dispositivo constitucional (art. 60, § 4º, III CR/88), cláusula intangível do Estado brasileiro. Daí que deve ser acolhido por todas as entidades federadas.

O saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles, em obra específica sobre os municípios, averba que:

De um modo geral, o regulamento não pode: a) criar obrigações e direitos não contidos na lei; b) ampliar, restringir ou modificar direitos e obrigações contidos na lei; c) ordenar ou proibir o que a lei não proíbe nem ordena; d) facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido na lei; e) extinguir ou anular obrigações ou direitos conferidos pela lei; f) criar princípios novos ou diversos dos estabelecidos na lei; g) alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir o ato a que ela visa; h) contrariar, por qualquer modo, o espírito da lei.²⁰

Ao criar, portanto, direitos e obrigações, o Decreto n.º 049/2007, do Município de Camanducaia insere-se naquela espécie, antes mencionada, de instrumento jurídico de usurpação de função constitucionalmente afetada a outro órgão de soberania, qual seja, a função legislativa exercida preponderantemente pelo Poder Legislativo.

²⁰ MEIREILLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.658p. p. 527.

De fato, resta clara a inconstitucionalidade formal do Decreto, pois encerra profunda incompatibilidade formal com as cláusulas das Cartas da República e do Estado, uma vez que surgiu no mundo jurídico sem que houvesse lei formal prevendo o tráfego de quadriciclo em vias públicas, a ser regulamentada pelo ato normativo ora invecivado.

Nossa Suprema Corte, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n.ºs 1396 e 1435, apreciando hipóteses semelhantes, deixou consignado que:

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

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.590/SP, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997. REMUNERAÇÃO - SERVIDORES PÚBLICOS - TETO CONSTITUCIONAL - NORMA DE REGÊNCIA. A teor do disposto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, cumpre à lei fixar o

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (MC) n.º 1435/DF. Pleno. Rel. Min. Francisco Rezek. j 07 nov 1996. DJ 06.08.1999

limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos. Descabe substituir o diploma referido no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, a lei em sentido formal e material, por decreto emanado do Poder Executivo. PESSOAL - DESPESAS – LIMITE - ADEQUAÇÃO. Não se há de promover redução de vencimentos visando a harmonizar a despesa total com pessoal ativo e inativo da União com certo teto. Precedentes: Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento n.ºs 178.072/MG e 192.870/MG, Segunda Turma, ambos de minha lavra, com acórdãos veiculados no Diário da Justiça de 9 de maio de 1997 e 6 de fevereiro de 1998, respectivamente.²²

Portanto, verifica-se que o Decreto expedido por Vossa Excelência está eivado de inconstitucionalidade, pois fere os princípios da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito, em seu desdobramento materializado pelo princípio da legalidade estrita, tendo em vista que a função do mesmo seria apenas regulamentar matéria já disciplinada em lei formal, nos termos dos artigos 84, inciso IV da Constituição da República e 90, inciso VIII da Constituição Estadual.

2.2 Da legitimidade do Ministério Público e da recomendação como instrumento útil para provocar o autocontrole da constitucionalidade pelo Poder elaborador da norma.

O Ministério Público, por força da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, assumiu função nuclear no contexto da tutela dos interesses magnos da sociedade brasileira.

Passou a ser Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição da República/88).

O Estado Democrático de Direito, estatuído no art. 1º da Constituição da República/88, é o Estado da Justiça Material, e o seu compromisso primordial é a transformação, com justiça, da realidade social. Tal transformação, que deve ter em vista a igualdade material, não é possível sem que haja efetiva proteção preventiva, especialmente no plano do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos em geral.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucional n.º 1396/SC. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 08 jun 1998. DJ 07.08.1998

Pelo controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, garantem-se a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo-se que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade brasileira, consagrados constitucionalmente.

No plano da proteção em abstrato da constitucionalidade, a Constituição da República prevê expressamente um sistema de controle concentrado, a ser exercido pelo STF (art. 102, I, “a”, § 1º, § 2º, e 103), na sua condição de Corte Constitucional Nacional, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, os quais funcionam como Cortes Constitucionais Regionais (art. 125, § 2º).

Esse mecanismo processual de proteção em abstrato contra a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, exercido pelas Cortes Constitucionais, não impede que se recorra a outros mecanismos de controle, que podem ser operados pelos próprios *Poderes Legiferantes*, por intermédio do autocontrole da constitucionalidade, ou pelo Chefe do Poder Executivo, neste caso por intermédio do exercício do *poder de veto*. Nem exclui o mecanismo do controle difuso ou incidental da constitucionalidade, que possui, inclusive, natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição da República/88).

Assim, em sendo possível e até mesmo o mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante – seja revogando, seja alterando para adequação ao sistema constitucional, a lei ou o ato normativo apontado como inconstitucional –, nada mais razoável do que provocar, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, só lançando mão do controle abstrato e concreto de constitucionalidade em caso de recusa do autocontrole pelo poder competente.

E, de fato, o Ministério Público é um dos principais legitimados ativos para provocar o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos perante as Cortes Constitucionais pátrias, consoante se extrai dos artigos 103, VI, e 129, IV, ambos da Constituição da República/88; do art. 6º, I, II e III, da Lei Complementar Federal n.º 75/93; do art. 25, I, da Lei Federal n.º 8.625/93; do art. 66, I e II, da Lei Complementar Estadual n.º 34, de 12 de setembro de 1994, e, ainda, do art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Assim, quando desrespeitados direitos constitucionais, especialmente os de dimensão social, não há dúvida de que é dever do Ministério Público promover as medidas necessárias à garantia desses direitos (art. 129, III e IX, da CR).

Contudo, essa atribuição do Ministério Público não o impede de utilizar

outros mecanismos para assegurar o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente.

Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da Constituição e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é a *recomendação*, que poderá ser dirigida ao Poder Público em geral, tendo-se em vista o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente.

Nesse sentido, estabelece o art. 6º, XX, da Lei Complementar Federal n.º 75, de 20 de maio de 1993:

Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis. (Grifamos)

O dispositivo transcrito tem plena aplicabilidade ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei Federal n.º 8.625 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), de 12.02.1993, a qual, em seu artigo 27, I, parágrafo único, IV, também prevê a *recomendação* como instrumento útil que o Ministério Público poderá dirigir aos Poderes Públicos, Estaduais ou Municipais, nos termos abaixo:

Art. 27 - Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I - pelos poderes estaduais e municipais;

[...]

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no “caput” deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito. (Grifamos).

A respeito da recomendação, afirma Hugo Nigro Mazzilli:

Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham

caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão.²³

Como se vê, não há limites constitucionais e infraconstitucionais ao exercício do poder de recomendação para a tutela dos direitos assegurados constitucionalmente, a fim de provocar o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder responsável pela iniciativa da elaboração da norma inconstitucional.

A recomendação, apesar de não ter o condão de vincular a atuação do Poder Público, pode servir para suscitar a reflexão do Administrador, do Legislador, enfim, dos agentes públicos a quem ela se dirige, e, com isso, contribuir para a proteção em abstrato e em concreto de direitos constitucionais, especialmente os de dimensão coletiva.

Em verdade, a utilização da via da recomendação, que de nenhum modo descarta a via constitucional do controle abstrato ou concentrado, é um reforço útil e eficaz ao mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade e sua utilização contribui inclusive para a diminuição da sobrecarga das Cortes Constitucionais pátrias.

3. Conclusão

Ante o exposto, considerando a inconstitucionalidade dos dispositivos constantes do diploma legal;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo que para tanto é seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais;

Considerando, também, a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais;

Considerando, por fim, que o instituto da *recomendação* é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Público, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade expede a presente *recomendação* a Vossa Excelência, nos

²³ MAZZILI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 337.

termos e condições abaixo fixados:

1) Excelentíssimo Prefeito Municipal, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, valendo-se das suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais, e a fim de que sejam excluídos os vícios assinalados e salvaguardado o princípio da legalidade e da separação entre os Poderes, *recomenda* a Vossa Excelência a *revogação* do Decreto n.º 049/2007.

2) Fixa-se, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o prazo de trinta dias, a contar da data de sua notificação pessoal, para que Vossa Excelência cumpra a presente recomendação, a ela anuindo.

3) Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se ainda a Vossa Excelência:

a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;

b) informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo de trinta dias acima fixado, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.

4) Na hipótese do não cumprimento dos termos da presente Recomendação no prazo estipulado, entender-se-á como não acatada, ensejando a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face dos dispositivos apontados perante o Tribunal de Justiça.

Anexas, a cópia da portaria de instauração do presente procedimento administrativo e a da certidão de vigência da lei impugnada.

Cumpra-se.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008.