Título	**Apreciação do STF acerca do poder regulamentar do executivo na implementação de elementos de políticas públicas sob a égide da Constituição Federal de 1988**
Autor	*Mônica Cristina Marino*
Ano	
Orientador	Dr. Jean Paul da Rocha
Resumo da Monografia	

Sumário

Introdução

1. Transformações da estrutura do Estado e das atribuições do Executivo

2. Teoria acerca do Poder Regulamentar do Executivo

2.1 Teoria tradicional

2.2 Teoria Crítica

3. Análise de jurisprudência

3.1 Política de defesa do patrimônio público e da ordem ambiental

3.1.1 RE nº 121.140

3.1.2 ADI 487 (MC)

3.2 Questão Orçamentária (ADI 1287)

3.3 Política tarifária para fins de redução do consumo de água (AgrRe 201.603)

3.4 Política econômica (RE 203.954)

Conclusão

Bibliografia

INTRODUÇÃO

A preocupação central deste estudo é analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal, doravante STF, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, acerca da Poder Regulamentar do Executivo.

Essa atuação regulamentar no Brasil é regrada pelos arts. 84 e 87 da Constituição Federal de 1988:

“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;”

“Art. 87. “(...) Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: (...)

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;”. (grifos nossos).

Porém, as demandas normativas do Estado contemporâneo são inflacionadas pelas necessidades econômicas e sociais, levando ao alargamento das atribuições do Poder Executivo, cuja atividade normativa extrapola a delimitação estabelecida nos arts. 84 e 87 da Constituição Federal, de maneira que “é preciso reconhecer que a amplitude dessa atividade e o seu volume são fatos”[1]. E esse é o impasse que serve de mote a todo o estudo.

Ter-se-á como hipótese de trabalho que a produção regulamentar do Executivo é uma necessidade diante das demandas atuais e o STF tem reconhecido esse poder regulamentar, com um conteúdo maior do que é admitido pela doutrina mais tradicional. Se esse reconhecimento do tribunal for comprovado, o estudo pretende confirmar o raciocínio de que a conseqüência lógica é a refutação das teorias tradicionais sobre o tema. Outra hipótese a ser verificada é a de que o STF não fundamenta esse reconhecimento de maneira consistente, esquivando-se da apreciação de um tema tão delicado e relevante para o Direito Público e dando solução aos casos específicos em demanda. O estudo pretende ir além e desenvolver o raciocínio segundo o qual essa postura do STF deriva da dificuldade do Tribunal em lidar com as questões tocadas pelo poder regulamentar.

Para tanto, o estudo parte de um esforço de contextualização da produção normativa na sociedade contemporânea, feita com base em artigos de periódicos de relevo na área do Direito Público Brasileiro, teses de doutorado e obras de teóricos do assunto em tela. Essa contextualização constitui o substrato sobre o qual se desenvolverá a análise posterior e central do trabalho, na exata medida da importância dos processos sociais para as transformações na estrutura do Estado e do ordenamento jurídico sobre o qual este se assenta.[2] O passo seguinte é esboçar os principais posicionamentos teóricos acerca do tema.

Construído esse panorama, segue-se a análise da jurisprudência do STF. O universo de análise consiste de decisões encontradas no “site” do STF que tratam da produção regulamentar do chefe do Executivo ou dos Ministros de Estado[3] para a implementação de elementos de políticas públicas. O corte metodológico representado pela adoção de decisões que envolvem elementos de política pública foi feito com inspiração na teoria de Maria Paula Dallari Bucci, que apresenta como caminho para superação da concepção da norma geral e abstrata como referência central do aparelho burocrático do Estado a introdução, no mundo do direito público, do conceito de política pública[4] como programa de ação. Ela sugere que as políticas (instrumentos de ação dos governos) são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, da mesma maneira que esta foi uma evolução em relação ao governo de homens, de maneira que “a visão liberal do direito como conjunto de normas cede lugar a compreensões baseadas na idéia de comunicação do direito com as expressões não-jurídicas da vida”[5].

Parece pertinente, então, fazer um paralelo entre essa teoria e a questão do Poder Regulamentar, na medida em que, se a concepção de políticas públicas para o direito pode envolver a superação da idéia de lei em sentido formal como balizadora do direito público, um viés de análise que contemplasse as decisões acerca de elementos de políticas públicas poderia permitir a verificação de indícios da aceitação de um Poder Regulamentar mais amplo do que o admitido pela doutrina tradicional, não condicionado e estreitamente limitado pela lei formal. Isso por que ao Poder Executivo da sociedade contemporânea cabe não só a implantação de políticas, mas a determinação das mesmas. Nas palavras de Maria Paula Dallari: “ A idéia de uma sucessão de atos no tempo, em que o Legislativo e o governo traçam primeiro as diretrizes da política para depois a Administração Pública executá-la, passa a ser mais um tipo ideal que um dado da realidade. “ Esse conflito revela não só a crise entre o Executivo e o Legislativo, em termos da titularidade da iniciativa legislativa,

como, também, a superação de toda a organização formal do Estado liberal.""[6]

Somente foram consideradas para o estudo as decisões que se posicionavam pelo conhecimento da ação proposta contra a atividade normativa do Executivo via poder regulamentar, pois somente nessas decisões seria viável verificar uma possível aceitação por parte do STF dessa atuação do Estado.

Essa análise jurisprudencial é o foco central do trabalho e a possível contribuição que o mesmo possa oferecer à reflexão do assunto em tela.

1. Transformações da estrutura do Estado e das atribuições do Executivo

No Estado Liberal as funções estatais eram mínimas, em decorrência do combate ao Antigo Regime e em atendimento aos interesses da burguesia. A preocupação fundamental era proteger os indivíduos do arbítrio estatal, limitando ao máximo as prerrogativas do poder público. Essa limitação atendia aos interesses da burguesia na medida em que a referida classe detinha o poder econômico, mas não político, revestindo-se de importância ímpar tolher o poder público da possibilidade de controlar suas atividades econômicas em ascensão. Nesse intuito, consagram-se as liberdades e garantias individuais, constituindo-se em valores desse Estado a garantia da liberdade, da segurança e da propriedade.
Os modelos econômico e jurídico adotados no século XVIII e XIX espelham esses valores e princípios do pensamento liberal.
A economia é marcada pela autonomia da atividade econômica em relação ao Estado, consagrando o princípio da livre iniciativa, em reação ao regime anterior que "editava regras reguladoras de preços e padrões de mercadorias, disciplinava o treinamento de aprendizes e controlava as inovações e concorrência, tudo com o objetivo de assegurar balança comercial positiva, reforçar reservas de ouro do país e gerar riquezas 'taxáveis'"[7].
O modelo jurídico, por sua vez, é constituído pela idéia do império da lei, em oposição ao governo dos homens, em que se baseava o regime absolutista anterior. E as leis deveria atender aos valores do Iluminismo de preservação das liberdades e valorização da individualidade. Para tanto, além do conteúdo material garantindo as liberdades e garantias individuais, é consagrada a idéia de normas gerais e impessoais de forma a evitar o arbítrio dos detentores do poder, elaboradas de acordo com um processo formal, pelo Parlamento.
Mas as crises econômicas e sociais que marcaram o século XIX impuseram transformações nesse modelo de Estado, exigindo uma atuação estatal mais ativa.
No plano social, decorrência das crises e movimentos sociais os "sindicatos adquiriram força de pressão sobre o Estado. Por influência das idéias e dos partidos socialistas reivindicava-se intensamente que a igualdade formal se tornasse real, que as liberdades afirmadas nos textos constitucionais tivessem efetividade, que houvesse justiça social, que se assegurasse o suficiente para as necessidades básicas da vida"[8]. Clamava-se por respostas do Estado a essas necessidades.
No âmbito econômico, a crise de 1929, a desagregação econômica típica das épocas do pós-guerra, a urbanização crescente com o surgimento das grandes metrópoles e os problemas que acompanham seu surgimento e crescimento, entre outros fatores, constituíam situações que prescindiam da atuação estatal. O pressuposto liberal de que a sociedade e a economia dispunham de mecanismos naturais de controle e equilíbrio eram refutados por dados inegáveis da realidade.
Na ordem jurídica, à garantia dos direitos individuais reduzidos aos aspectos vida, propriedade e iniciativa privada, soma-se a garantia dos direitos políticos, econômicos e sociais. "Tais direitos passam e ser encarados não somente como direitos- liberdade, mas como direitos- exigência"[9].
O Estado deixa de ser visto como apenas garantidor das liberdades individuais e passa a ser aceito como instrumento de correção de desigualdades econômicas e sociais. " Gradativamente... foi-se tornando mais e mais arraigada a concepção de que muitas das necessidades sociais não são passíveis de serem atendidas por meio da livre contraposição das forças de oferta e de procura, o que exige, em diversos graus de intensidade, a instituição de normas destinadas a alterar o funcionamento aleatório dos mercados, com vistas ao atendimento de certos fins eleitos pela ordem jurídica"[10]. Mais ainda, "amplia-se o sentido de Estado de Direto, que também passa a apresentar preocupações democráticas pluralistas no plano econômico, social, cultural e político"[11].
O Poder Legislativo, por sua vez, revelou-se inapto para atender às exigências normativas da sociedade contemporânea, em primeiro lugar, porque o tratamento de alguns setores da vida econômica e social passaram

a exigir conhecimentos técnicos especializados; em segundo, a nova dinâmica social e econômica exigem rapidez para editar e alterar as normas. “Além disso, o processo legislativo convencional e a própria separação de poderes clássica foram concebidos para um ambiente liberal, pressupondo a organização social e econômica mediante mecanismos capazes de produzir uma harmonia natural pela ação de agentes individuais e hipersuficientes, no qual ao Estado caberia a função de proteção (um não fazer ou prestações negativas) das livres forças sociais...o Direito era restrito ao mínimo de normas necessárias à manutenção dessas liberdades.”[12] Daí não apresentar-se como estrutura apta a atender a inflação de exigências normativas.
Diante dessa inaptidão do Legislativo, o Poder Executivo foi, paulatinamente, abarcando o papel de instituir essa normas demandadas. Hoje, a normatização de setores econômicos e sociais pelo Executivo tornou-se corriqueira.
A atribuição dessas funções ao Executivo suscita diversos problemas de Direito Público, que precisam ser enfrentados por teóricos e pela jurisprudência.

2. Teoria acerca do Poder Regulamentar do Executivo

2.1. Teoria tradicional

Um dos expoentes da doutrina brasileira tradicional do direito administrativo é Celso Antônio Bandeira de Mello, que relega ao regulamento mero papel de estabelecimento de critérios e procedimentos de atuação administrativa, dentro de limites rígidos fixados em lei. Dessa forma, o poder regulamentar visa dar procedimentariedade à lei, servido à sua fiel execução. Afirma que o princípio da legalidade no Brasil impõe ao regulamento o caráter de “ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei”[13]. Não admite regulamento sem lei anterior que o estipule e o limite. Assim, não tolera outra forma de regulamento no direito brasileiro que não os “regulamentos executivos” (estabelece fiel execução da lei pela Administração). Afirma que não há lugar sequer para os “regulamentos autorizados” ou “delegados” (atividade normativa desempenhada pelo Executivo mediante expressa autorização de ato do Legislativo, dentro de seus limites), muito menos para os “regulamentos independentes” ou “autônomos” (atividade normativa autorizada implícita ou explicitamente pela Constituição ao Executivo) e julga que a função do regulamento em nosso sistema é muito modesta.

Quanto a possibilidade de inovação do ordenamento jurídico, Bandeira de Mello só admite que seja feito por lei, enquanto o regulamento não o altera: “só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica”.[14] Coerentemente com esse posicionamento, pode-se afirmar que nenhum tema tratado pela Constituição Federal poderia ser regulamentado diretamente pelo Executivo por decreto, mas teria que ser anteriormente tratado por uma lei e, se necessário, seria estabelecido um regulamento para “especificar com maior minudência a regência de situações cuja previsão e disciplina já tenham sido antecipadamente traçadas na lei, mas sem pormenores cujo agregado, por via administrativa, conquanto conveniente ou imprescindível, não afeta a configuração dos direitos e obrigações nela formados”.[15]

Aclamando o princípio da legalidade, o autor não admite que o regulamento inclua no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos. Interpreta o art. 5º, inciso II da Constituição Federal de forma muito restrita, argumentando que a disposição: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” determina a exigência de lei em sentido formal para que o Poder Público imponha obrigações aos administrados, de maneira a não tolerar que o Executivo, por meio de decreto, pudesse, por si mesmo, interferir na liberdade ou na propriedade das pessoas. Ainda defendendo a obediência ao princípio da legalidade, cita Pontes de Miranda :“Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos _ há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei”.[16]

Ao lado do art. 5º, II da Contituição Federal, Bandeira de Mello cita os arts. 84, IV e 37 da Constituição Federal para defender a subordinação total de todos os atos da Administração à lei, e defende que o acréscimo da

expressão “nos termos da lei” em alguns dispositivos constitucionais se dá para “vincar ainda mais reiteradamente a diretriz consagradora da subordinação da Administração à lei”[17], tese que encontra oposição em alguns teóricos que argumentam seres os temas dispostos na Constituição de maneira expressamente subordinada à lei_ “nos termos da lei”, como a matéria tributária_ os que contam com reserva legal, devendo ser tratados em lei formal e nos limites desta. Essa posição de Bandeira de Mello é por ele defendida como forma de conter os arbítrios do Poder Executivo: “Pode parecer, até mesmo estranho que a Lei Maior haja se ocupado com tão insistente reiteração em sublinhar a inteireza do princípio da legalidade. Fê-lo, entretanto, a sabendas, por advertida contra a tendência do Poder Executivo de sobrepor-se às leis. É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisso coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas ad nauseam encorajem o Judiciário a reprimir os desmandos do Executivo”.[18]

Desse ponto de vista resulta a concepção de que finalidade e a natureza da competência regulamentar é a produção de normas requeridas para a execução das leis unicamente quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desempenhada dentro de um espaço de liberdade que enseje regulação ulterior sob o argumento da preocupação de uma aplicação uniforme da lei pelos agentes administrativos, garantindo o respeito ao princípio da igualdade dos administrados.

Tudo o que foi defendido por Bandeira de Mello em relação aos regulamentos é por ele aplicado às instruções, portarias, resoluções, regimentos e quaisquer outros atos gerais do Executivo de maneira mais vigorosa ainda, defendendo que “Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento”.[19] Assim, esses atos dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta devem apresentar uma dependência e subordinação à lei, bem como uma limitação por esta, ainda mais rigorosa que no caso dos regulamentos do chefe do Executivo.

Essa construção teórica, porém, vem se mostrando anacrônica diante da nova dinâmica social que enseja maior produção normativa e da atuação do Legislativo que não consegue atender a essa demanda. A realidade demostra que a grande produção normativa via poder regulamentar do Executivo é um fato. Uma alternativa que se mostra mais viável é aceitar essa ampliação das atribuições do Executivo e elaborar mecanismos de controle que evitem os possíveis malefícios dessa atuação.

2.2 Teoria crítica

Exemplo de teoria crítica da doutrina tradicional é a obra de Eros Roberto Grau. No capítulo 10 de sua obra “O Direito Posto e o Direito Pressuposto”, formula sua concepção de poder regulamentar, partindo da crítica da forma como adotamos a doutrina da “separação de poderes”. Primeiro pontua que essa doutrina chegou até nós a partir da exposição de Montesquieu, e não da concepção norte-americana dos freios e contrapesos. Explica que, enquanto na obra de Montesquieu, a “separação de poderes" é um mecanismo voltado para a promoção da liberdade do indivíduo, na construção dos federalistas norte-americanos a preocupação central é com a otimização das funções do Estado, priorizando a eficiência da atuação estatal.

O próximo passo de sua construção teórica é explicitar que mesmo a teoria de Mostequieu é vista de forma enviesada. Isso por que adotamos a concepção de que esse teórico concebia os Poderes de forma estanque, impenetráveis um pelo outro, quando na verdade, no próprio capítulo VI do Livro IX de O espírito das leis, Montesquieu dá exemplos de intercâmbio entre os poderes, como na passagem em que discorre acerca da faculdade de estatuir_ direito de ordenar por si mesmo ou corrigir o que foi ordenado por outrem_ e faculadade de impedir_ direito de anular uma resolução tomada por outro (poder de veto)_ atribuindo a última ao Executivo em relação ao Legislativo: “O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o quê seria despojado de suas prerrogativas.”[20]

Outro ponto enfatizado por Eros Grau é que já da exposição de Montesquieu é possível fazer a distinção entre Poder e função, na medida em que o teórico coloca os Poderes Legislativo e Executivo, de um lado, e as funções executiva e legislativa, de outro. Essa diferenciação é evidenciada, segundo Eros Grau, na passagem da obra

em que Montesquieu afirma que o poder Executivo deve estar dotado de funções executivas e de parcelas de funções legislativas, pela titularidade da faculdade de impedir (poder de veto).
Esse ponto é essencial para o desenvolvimento da teoria de Eros Grau. O autor observa que existe uma classificação orgânica ou institucional das funções compreendidas pelo poder estatal_ funções legislativa, executiva e jurisdicional_ atribuídas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, compreendidos como centros ativos de funções. Ao lado dessa classificação, destaca outra, que leva em conta os aspectos materiais das funções estatais, estabelecendo as funções normativas (de produção de normas jurídicas), administrativa (de execução das normas jurídicas) e jurisdicional (de aplicação das normas jurídicas).
Para a concepção de Poder Regulamentar, Eros Grau se atém a uma análise mais detalhada das funções legislativa (aspecto institucional) e normativa (aspecto material). Aqui é importante trazer a exposição de Eros Grau acerca das definições de norma e lei, baseada na obra de Alessi: " Norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daquele. A lei não contém, necessariamente, um norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei."[21] Assim, a classe função legislativa advém de um critério formal.

Na tentativa de conciliação dos critérios formal e organizacional, considera que a função normativa (material) compreende as funções legislativa, regulamentar e regimental (normatividade emanada do Poder Judiciário). O fundamento do poder regulamentar é situado, então, na atribuição de poder normativo contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em lei formal. Dessa maneira, não há de se falar em delegação de poder, pois o Executivo não estaria exercendo a função legislativa (formal), mas normativa do tipo regulamentar, autorizada de forma explícita ou implícita pela Constituição ou pela lei, não delegada pelo Legislativo. Isso por que, nas palavras de Eros Grau, "o Legislativo não é titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da "separação" dos poderes, à primeira vista, indica".[22]

Explicitada a construção teórica de Eros Grau para chegar à concepção de poder regulamentar, o próximo ponto importante é tratar das características dessa função do Executivo, para o autor, contrastando com a idéia tradicional. Essa exposição é relevante para posterior verificação do entendimento do STF acerca do assunto.

Essa teoria crítica admite a inovação do ordenamento jurídico pela atuação regulamentar do Executivo na medida em que a considera uma parcela da função normativa do Estado e entende que a norma jurídica, fruto do exercício dessa função, consubstancia inovação de preceito primário no ordenamento jurídico.

Outro ponto relevante é o exame do princípio da legalidade. Considerando o art. 5º, II, da Constituição Federal, Eros Grau defende que ocorre uma vinculação da Administração às definições decorrentes de lei, fixadas em virtude dela, configurando-se uma reserva da norma (que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental), e não reserva de lei. Afirma que o artigo em questão expressa uma reserva da lei em termos relativos apenas, significando uma reserva da norma. Em decorrência desse entendimento, concebe que ao Executivo possa ser atribuído, de forma implícita ou explícita, o exercício da função normativa do tipo regulamentar para impor a obrigação de fazer e não fazer aos particulares.

Assim, admite outros tipos de regulamento no ordenamento brasileiro, além dos executivos ou de execução: os regulamentos autorizados, que decorrem de atribuição do exercício de função normativa explícita em ato legislativo e permitem ao Executivo, nos limites da atribuição, inclusive criar a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa; e os regulamentos autônomos ou independentes, que decorrem de atribuição, implícita no texto constitucional, do exercício de função normativa ao Executivo para viabilizar a atuação administrativa de sua competência, permitindo também a criação de obrigações aos particulares.

Por fim, cabe salientar que essa atuação do Executivo deve ser desempenhada nas questões conjunturais, sendo denominada capacidade normativa de conjuntura por Eros Grau. A natureza momentânea das situações que ensejam essa atuação permitiu ao autor o estabelecimento de um paralelo com a doutrina de Montesquieu, na medida em que este teórico preconizou que o "Poder Executivo deve permanecer nas mãos de um monarca por que esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é mais bem administrada por um do que por muitos; ao passo que o que depende do Poder Legislativo é, amiúde, mais bem ordenado por muitos do que por um só"[23]. Assim, segundo Eros Grau, a importância do poder regulamentar é

reconhecida diante da instabilidade de determinadas situações e estados econômicos que impõem o caráter flexível e dinâmico dos instrumentos normativos utilizados pelo Estado para corrigir os desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar.

3. Análise de jurisprudência

Nesse capítulo, serão analisadas de forma mais detida as decisões mais relevantes para o objetivo do trabalho. As conclusões posteriores são tiradas dessa análise e dos demais acórdãos encontrados, que seguem a mesma linha de decisão dos citados a seguir.

3.1. Política de defesa do patrimônio público e da ordem ambiental

3.1.1. RE nº 121.140

Trata-se do Recurso Extraordinário nº 121.140, interposto pela prefeitura municipal do Rio de Janeiro para restabelecer, na sua plena eficácia, o decreto 7.046, de 28 de outubro de 1987, editado pelo prefeito do município do Rio de Janeiro com o objetivo de preservar conjunto arquitetônico histórico, com ênfase para a proteção ambiental de dois bairros do citado município.

O acórdão recorrido concedeu a segurança pleiteada para excluir um dos imóveis sobre os quais incide o decreto municipal, sob argumento de que o decreto impôs indevidas restrições ao direito de propriedade do requerente, a pretexto de proteção ambiental, sem respaldo em lei.

O Recurso Especial foi julgado em 26 de fevereiro de 2002. Os ministros do STF, por maioria de votos, dão provimento ao recurso, restabelecendo a plena eficácia do decreto municipal. O fato de o decreto aceito pelo STF ter sido editado sem respaldo em lei representa uma aceitação do poder regulamentar do Executivo mais amplo do que o concebido pela doutrina tradicional, que só admitia recursos para fiel execução de uma lei, dependendo da existência desta, e fixando-se nos limites estabelecidos pela mesma.

O relator Maurício Corrêa, em seu voto, defende que o município tem o dever de polícia na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio público. Trata-se de uma visão inovadora de poder polícia, em relação à doutrina tradicional do Direito Administrativo, que amplia a atuação do poder de polícia para além da fiscalização do exercício de atividades pelos particulares, abarcando também o poder de estatuir normas destinadas à regulação desse mesmo exercício. Essa atuação pode ser encaixada na concepção de regulamento autônomo ou independente, definidos por Eros Grau como aqueles que decorrem de atribuição, implícita no texto constitucional, do exercício de função normativa ao Executivo para viabilizar a atuação administrativa de sua competência.

Essa atribuição implícita de função regulamentar ao Executivo pela Constituição é admitida, pelo Ministro relator_ que votou pelo provimento do recurso_ nas seguintes passagens de seu voto:

“O patrimônio cultural é elevado pela ordem constitucional ao patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados, e que impõe sejam promovidos pelos órgãos do Estado. Nos três estágios dos Poderes Públicos, tanto o municipal, o estadual, como o federal, atribuem-se-lhe as competências para a expedição de normas reguladoras para a garantia da intangibilidade desses bens públicos”. E ainda: “não se pode negar eficácia às disposições do Decreto nº 7.046/87, que teve o escopo primordial de regulamentar a exeqüibilidade da norma constitucional de conteúdo autoaplicável”.

Também o Ministro Francisco Resek o admite:

“Abstraiu o Tribunal (cujo acórdão é recorrido) o fato de que a autoridade do Poder Público, no caso, flui diretamente da Constituição”. E ainda: “A questão é uma só...saber se o Poder Público (o detalhe é importante: pela voz do Executivo) pode estabelecer posturas, endereçá-las a determinados prédios, em determinada área do cenário urbano; se ele pode fazê-lo, tirando sua autoridade da Constituição da República, ou se ele depende...de uma lei municipal... E a esse respeito me parece impecável a posição assumida pelo Ministro-relator. O Poder Público... não precisa de mais nada além daquilo que a Constituição estabelece”.

Outro ponto relevante é que o decreto municipal cria certas restrições ao direito de propriedade dos moradores da área de preservação criada pelo mesmo veículo normativo, segundo o requerente do acórdão impugnado, “individualmente, direcionando as restrições a ele a aos outros proprietários citados, e não a todos os proprietários da região”. A concepção de regulamento autônomo de Eros Grau admite que este crie obrigações aos particulares. O acórdão do STF, no entanto, não aprecia essa questão de uma forma direta.

O Ministro– relator apresenta a citação de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual “limitação administrativa é toda imposição...condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”, parecendo admitir a possibilidade de restrição de direitos pela própria administração, como no caso da edição do decreto pela prefeitura do Rio de Janeiro.

Em seguida, porém, cita Pontes de Miranda, segundo o qual a limitação do direito de propriedade, nos casos de edificações consideradas patrimônio público, é conseqüência de disposição constitucional, parecendo isentar, então, o Executivo de ter criado estas restrições, na medida em que a própria Constituição o determina. Essa citação parece não ser adequada, na medida em que destoa do corpo da decisão, por se tratar de um comentário à Constituição de 1967, além de conter a determinação de somente lei possa determinar os limites dessa instituição (propriedade): “Há de haver a instituição da propriedade, porém, no que consiste e até onde vai, só a lei o diz, e a lei, a esse respeito, tem todas as possibilidades.” (grifos nossos).

Essas citações são elencadas pelo ministro para defender a tese de que não há afronta ao direito de propriedade diante das limitações impostas a esse direito em prol da proteção do meio ambiente urbano e cultural. Porém , não é enfrentada a questão dessa limitação ter sido imposta por decreto, e é esse o ponto que realmente interessaria.

Quanto a possibilidade de criação de restrições à direitos, ou criação de obrigações via decreto, portanto, não é afirmado um entendimento preciso e claro, apesar de ter sido aceito um decreto que claramente o faz.

Apesar da decisão aceitar uma atividade regulamentar mais ampla do que a admitida tradicionalmente, o não enfrentamento claro de algumas questões relevantes parece não oferecer grande impacto na doutrina tradicional do Poder Regulamentar. Esse ponto é reforçado pelo fato de o acórdão não tratar claramente do poder normativo do Executivo, mas de seu poder de polícia, não dando o relevo merecido para o fato de aceitar que esta engloba a capacidade de criar normas (na concepção não tradicionalista do Direito Público). Tanto que, numa análise inicial, menos criteriosa, esta decisão havia sido excluída do universo de análise do presente estudo por que não parecia pertinente ao mesmo, ao se ater ao poder de polícia do Executivo.

Essa falta de enfrentamento da questão do Poder Regulamentar do Executivo via argumentos jurídicos, é emblemática nos argumentos usados pelo Ministro Francisco Resek para dar provimento ao recurso:

“O proprietário não tem direitos ilimitados, e se ele os deseja maiores do que seria razoável, em lugar de especial interesse histórico, artístico, paisagístico ou o que o seja, ele que procure lugar onde a falta de qualidade seja irmã gêmea da desídia do Poder Público em estabelecer regras de controle. Isso é, efetivamente, a meu ver, uma equação simples. O proprietário que não quer restrição nenhuma ao seu direito de propriedade e deseja fazer do seu imóvel aquilo que à sua imaginação ou ao seu sentido de especulação pareça melhor, sem nenhuma espécie de regulamento do Poder Público, que procure (e não faltam no país) lugares condizentes com esse desejo de não enfrentar limites. Serão lugares que, pela sua modéstia em matéria de qualidade histórica, paisagística, ecológica, condigam com a miséria da disciplina urbana.”

3.1.2 ADI 487 (MC)

A medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade de nº 487, é investida pela Confederação Nacional da Indústria contra o Decreto nº 99.547 do presidente da República, de 25 de setembro de 1990. Esse veículo normativo visava proibir, por prazo indeterminado, o corte e a respectiva exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica. O argumento da Confederação Nacional da Indústria é que tal proibição só poderia ter sido estabelecida por lei formal, diante do art. 225, § 4º da Constituição Federal:

"Art. 225. (...) §4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato- Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e a sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais." (grifos nossos)
A cautelar foi indeferida, por maioria de votos, mantendo o decreto presidencial.
O ministro Sepúlveda Pertence pondera que uma possível interpretação desse dispositivo constitucional é que a utilização desse patrimônio nacional (Mata Atlântica), depende de lei que lhe demarque a possibilidade e lhe regulamente o exercício. Mas admite ser a questão bastante complexa, restando, no juízo liminar, a solução através de outro requisito das medidas cautelares. Assim, afirma que, entre a proteção do patrimônio ecológico nacional e os respeitáveis interesses privado, em termos de medida liminar, fica com o primeiro, indeferindo a medida.

A argumentação do Ministro Paulo Brossard, que também se posicionou pelo indeferimento da medida liminar, consiste em elencar os processos de deteriorização das florestas pelo território nacional, citando os casos dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo e da região Nordeste, cada qual com suas especificidades, para concluir: "Bom, Sr. Presidente, estou discrepando das normas processualisticas tradicionais, mas tudo isso é para dizer que a mim parece que não faz mal rejeitar a cautelar até o julgamento da ação." O Ministro indefere a cautelar, embora afirme que não simpatize com a redação do citado decreto, que lhe causa inclusive certa repugnância. Outra ressalva feita é de que impressiona o fato da proibição constante do decreto ser por tempo indeterminado. Mas a preocupação central do Ministro consiste em que, deferida a cautelar, derrubando o decreto, não restem mais árvores quando do julgamento da ação.

Os demais votos que indeferem a cautelar argumentam não haver "periculum in mora" ou conveniência em derrubar o decreto.

Certamente, em medida cautelar, há o entendimento de que não é necessário decidir o mérito, qual seja, da retirada ou não do decreto do ordenamento jurídico diante do exame de constitucionalidade. Trata-se de resolver pedido de liminar, para suspender a vigência do diploma impugnado. Porém, o mérito não chegou a ser decidido, valendo o decreto impugnado, mesmo diante da possível inconstitucinalidade do mesmo, por mais de dois anos, quando a ação perdeu objeto por conta da edição de outro decreto presidencial, em 10 de fevereiro de 1993, revogando expressamente o anterior. Diante desse fato, a decisão monocrática de 09 de agosto de 1994, julgou prejudicada a ação.

Analisando essa postura do STF e a realidade fática, pode-se concluir que o STF aceitou a capacidade normativa regulamentar do Executivo na questão da preservação ambiental, embora a mesma exigisse lei, dado que o decreto surtiu efeitos durante mais de dois anos. O Tribunal parece ter se eximido de enfrentar a questão; ao menos não teve de sustentar juridicamente a vigência do citado decreto, o que representa um não embate da decisão com a doutrina tradicional do poder regulamentar.

Essa manutenção do decreto também demonstra a delicadeza da questão, difícil de ser enfrentada, pois se o decreto fosse derrubado, havia a preocupação do desamparo da proteção da Mata Atlântica, que deveria ter sido regulada pelo Legislativo.

3.2 Questão Orçamentária (ADI 1287)

Primeiro cumpre justificar a pertinência da decisão ao estudo. O acórdão trata do exame de constitucionalidade de dispositivos da Lei Orçamentária do Estado do Mato Grosso. A questão orçamentária consiste, em parte, na determinação dos recursos disponíveis para o Estado. E segundo a definição de políticas públicas adotada por Maria Paula Dallari Bucci, estas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Parece, então, que a determinação dos recursos disponíveis para o Estado é um dos primeiros passos para a determinação das políticas públicas.

Passando para a análise do caso, este consiste numa Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida liminar, proposta pelo governador do Estado do Mato Grosso contra dispositivos da Lei 6.615, de 28 de dezembro de 1994, que estima a Receita e fixa a Despesa do Estado para o exercício financeiro de 1995. Os dispositivos em questão autorizam ao Executivo atualizar as dotações orçamentárias mediante adoção de índice de inflação, ou seja, alterar o orçamento. A determinação orçamentária, porém, cabe ao Legislativo.

O pedido da ADI invoca ofensa a princípio constitucionais, na medida em que defende que não pode o Legislativo, em Lei Orçamentária, delegar competência ao Poder Executivo para este, por decreto, alterar o "quantum" do orçamento, mediante adoção de índice de inflação. Na ementa, porém, consta a afirmação de que as alegações, embora "prima facie", sejam relevantes, ficam abaladas pelas informações colhidas dos Poderes Legislativo e Judiciário do Estado.

Ocorre que esse pedido de ADI tem como pano de fundo um conflito entre o Executivo e os demais poderes pelo repasse de verbas referentes a saldo financeiro fixado na Lei Orçamentária Estadual.

O Poder Executivo Estadual do Mato Grosso, aplicando os dispositivos legais ora impugnados pelo próprio governador que os aplicou, editou o Decreto nº 4, de 10 de janeiro de 1995, atualizando a Receita prevista e a Despesa fixada no Orçamento. Porém, durante a execução orçamentária, o governo verificou que a estimativa de variação de preços constante no Decreto nº 4 não se realizou, estabilizando-se em patamares inferiores aos previstos. Essa diferença positiva da variação estimada no Decreto nº 4, diante da variação verdadeiramente ocorrida, teria como conseqüência um aumento real dos valores do orçamento do Estado.

Diante disso, o Executivo do Mato Grosso, alegando a necessidade de trazer as contas do orçamento à verdade jurídica originalmente determinada pela Assembléia Legislativa, editou o Decreto nº 122, de 24 de abril de 1995, que "Dispõe sobre o equilíbrio da execução da Lei Orçamentária e dá outras providências". Com a edição desse decreto o governo do Estado tentou estornar o excesso de "atualização", que representava indevido aumento real do orçamento, dando aparência de redução dos valores constantes do mesmo.

Porém, nas informações prestadas pelo presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, este acusa o Executivo do Estado de tentar contingenciar o repasse de verbas devidas ao Judiciário e acrescenta que a verdade dos fatos é que o governador , não tendo alcançado o fim colimado com a superestimação do orçamento_ ampliar a capacidade de endividamento do Estado_ busca anular os efeitos de sua irrefletida conduta, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra os dispositivos da Lei Orçamentária que atribuem ao Executivo competência para atualizar o orçamento.

O presidente da Assembléia Legislativa do Estado, por sua vez, sustenta que o objetivo do Executivo, em superestimar em janeiro/95 o orçamento do Estado, prendeu-se a duas questões: a primeira foi de aumentar a capacidade de endividamento do Estado, pois, com maior receita prevista, poder-se-ia obter empréstimos maiores que pudessem fazer frente ao seu projeto de governo e, em verdade, atender aos anseios da população; a segunda, vinculada à primeira, foi de buscar o aumento da receita prevista e como sabiam que a mesma era superestimada, sem esperança de realizar-se, contingenciaram-na, querendo com isso evitar o uso da parcela inexistente. Acrescenta que aí as coisas desandaram, eis que após a edição do Decreto nº 4 que atualizou o orçamento, o Poder Executivo deu-se conta que não poderia contingenciar o repasse constitucional aos outros Poderes. Haveria inadvertidamente aumentado o valor dos duodécimos aos outros Poderes. Conclui o raciocínio afirmando que o Poder Executivo usou de simulação ao editar o Decreto nº 4, que atualizou em demasia o orçamento estadual, e ora dizendo-se lesado, investe contra este mesmo instrumento do qual se utilizou.

O Ministro Sydney Sanches, em seu voto, afirma que a Lei de Diretrizes orçamentárias do Estado, nº 6486, de 12

de julho de 1994, estabeleceu que a Lei orçamentária definiria a forma para atualização do orçamento, em dispositivos estes, da Lei de Diretrizes que não são impugnados. Prossegue afirmando que a Lei orçamentária, em face da Lei de Diretrizes, determinou que a atualização seria feita pelo Executivo e estabeleceu alguns parâmetros. Conclui então que e Lei orçamentária não deu uma carta em branco ao Executivo, o que constituiria delegação legislativa em sua visão e não vê evidenciada a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, pois, além da determinação de parâmetros, estes contam com autorização da Lei de Diretrizes.

O Ministro admite então uma atividade regulamentar ao Executivo para este alterar o orçamento, o que foi feito por este Poder duas vezes, criando algumas dificuldades. Porém não aprecia a questão de poder ou não a lei ter atribuído essa função ao Executivo, se caberia a este Poder a alteração do orçamento.

Aparece como de elevada relevância para a decisão as repercussões da mesma no plano político. Isso fica evidenciado na ponderação final: "...é preferível, por hora, manter-se uma atualização eventualmente incorreta, do que afastar-se, de pronto, qualquer atualização, em detrimento do funcionamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário." e em uma das afirmações que encerram o voto: "Enfim, diante de todas essas peculiaridades e antevendo que o conflito entre os 3 Poderes poderá ganhar, até, maiores proporções, se as expressões impugnadas vierem a ser suspensas, indefiro a medida cautelar".

O poder regulamentar, então, é tido como uma necessidade, pois o ministro admite que se fosse deferida a suspensão dos dispositivos impugnados, o governador poderia remeter projeto de lei à Assembléia Legislativa, para que esta procedesse à atualização, mas que haveria um lapso de tempo em que a desatualização permaneceria, oferecendo riscos. Assim também seria se o Legislativo tomasse para si desde início essa tarefa, pois, diante da realidade econômica extremamente dinâmica, que enseja uma normatização flexível e ágil, esse Poder não conseguiria proceder à atualização necessária em tempo hábil.

Então o STF fica diante de um impasse entre admitir uma conduta do Executivo, que esse Tribunal não sabe se é a mais correta (constitucional) e não analisa de maneira mais detida, ou se proíbe a mesma, criando um vácuo de normatização em assuntos essenciais. Essa falta de embate direto com as questões constitucionais apresentadas, mantendo uma dubiedade em relação à constitucionalidade dos aspectos impugnados permite que os mesmos permaneçam no ordenamento jurídico, regulando as questões apresentadas pela sociedade atual.

Os votos dos demais ministros acompanham o do relator, de maneira unânime, pelo indeferimento da cautelar, mantendo os dispositivos impugnados.

Política tarifária para fins de redução de consumo de água (AgrRE 201.603)

Trata-se de agravo através do qual são atacados os fundamentos da decisão da ministra Ellen Gracie, quando este negou seguimento ao Recurso Extraordinário do ora agravante. A decisão fundou-se em jurisprudência do STF no sentido de que o serviço de fornecimento de água é submetido ao regime de preço público ou tarifa, e não taxa, portanto, trata o ajuste de carga impugnado como sobretarifa criada em momento de escassez desse produto, a ser paga por usuários que excedem quotas de consumo previamente estabelecidas. Entende a ministra que inexiste irregularidade da majoração da tarifa por decreto em lugar de lei.

O agravante afirma, ao atacar a decisão, que o adicional da tarifa de água cobrado pela Companhia de Água e Esgotos de Brasília tem natureza jurídica de tributo e, portanto, não poderia ter sido instituída por decreto, exigindo a edição de lei própria. Assim, pede que se determine o prosseguimento do recurso extraordinário.

Em seu voto no agravo, a ministra mantém o entendimento segundo o qual o ajuste de carga em questão não possui caráter tributário, mas, de preço público. Cita decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal nesse sentido e, em seguida, faz um paralelo do adicional da tarifa de água ora tratado com a sobretarifa de energia elétrica, afirmando que ambos foram criados com a finalidade de controlar consumo de produto essencial em período de desabastecimento. Lembra que o STF fixou entendimento no sentido de que o adicional de tarifa de energia elétrica, incidente sobre os consumidores que excediam as quotas previstas, para fins de política de

redução de consumo, tinha caráter de contraprestação de serviço e não de tributo. Assim, entende dispensável lei para a instituição de ajuste de carga, de maneira que o decreto do governador do Distrito Federal não viola o art. 150, I, da Constituição Federal.

Dessa maneira, mantém o despacho agravado, entendimento que é acompanhado unanimamente pelos demais ministros.

Porém, fato que não é apreciado pelos ministros do STF, é que o art. 175 da Constituição Federal dispõe que o tratamento das tarifas pagas pela prestação de serviços também deverá ser por meio de lei:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, ..., a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

III – política tarifária”

Assim, o STF admitiu uma grande amplitude ao poder regulamentar, ao permitir a disposição de política tarifária em decreto do Executivo, sem enfrentar a questão desta também exigir lei. Adotou a posição de que há algumas matérias que contam com reserva de lei, como a tributária, podendo as demais serem estabelecidas por normas (reserva da norma, para Eros Grau), mas não fez essa construção argumentativa. Não enfrentou o fato do decreto tem criado uma obrigação para os consumidores que excediam a quota prevista, qual seja, a de pagar a sobretarifa. Permitiu essa atuação, mas não tratou dela no acórdão.

Adotou como fato que ao Executivo é atribuída essa competência, sem fundamentar com argumentos. Outro ponto é o caráter necessário dessa atuação diante do desabastecimento de água, estabelecendo o controle do consumo. Certamente uma medida do Legislativo não seria estabelecida de forma rápida, não servindo para fazer frente ao desabastecimento de água, se este não tivesse sido detectado preventivamente.

Política econômica (RE 203.954)

O recurso extraordinário em questão versa sobre a proibição da importação de automóveis usados, ditada pela Portaria nº 08, de 13 de maio de 1991, do Ministério da Fazenda.

Essa proibição é admitida pelos ministros, que a entendem consentânea com os interesses fazendários nacionais que o art. 237 da Constituição Federal teve em mira proteger, ao investir as autoridades do Ministério da Fazenda no poder de fiscalizar e controlar o comércio exterior.

Argumentam os ministros que, no exercício dessa atribuição estabelecida pela Constituição Federal, o Ministério da Fazenda, por meio do Departamento de Comércio Exterior, proibiu a importação de bens de consumo usados, em seu art. 27, como medida de política econômica. Afirmam que, ao vedar a importação desse tipo de produto, a autoridade administrativa apenas teve em consideração a relevância dos efeitos negativos, para a economia nacional, dessa espécie de atividade, agindo estritamente no âmbito do exercício do poder de polícia previsto no art. 237 da CF. Da mesma forma que no acórdão do RE 121.140, não enfrentam a função normativa que este poder de polícia abarca, com o estabelecimento da proibição, via portaria do Ministério da Fazenda.

Essa posição do STF representa uma aceitação do poder regulamentar com atribuições mais amplas que as permitidas pela doutrina tradicional, na medida em Bandeira de Mello admite que a atuação regulamentar via instruções, portarias, resoluções, regimentos deve ser mais restrita que a exercida através de decreto do chefe do Executivo, por que expedidos por autoridades subalternas em relação ao mesmo. Como Bandeira de Melo

não admite que um decreto tire seu fundamento diretamente da Constituição, sem ser determinado por lei, para sua execução apenas, de maneira alguma permitiria que uma portaria o fizesse, estabelecendo uma proibição que se consubstancia em determinação de uma política econômica.

Essa possibilidade é defendida de maneira enfática pelo ministro Maurício Corrêa: “É claro que, pelo art. 237 da Constituição Federal, a fiscalização e o controle do comércio exterior, ficam a critério do Ministério da Fazenda que por autorização constitucional poderá, evidentemente, até por portaria, impedir o ingresso de produtos desse tipo no território nacional”. O ministro Celso de Mello, por sua vez, afirma que a norma constitucional em questão, na verdade, atenuou o rigor do postulado da reserva de lei, ensejando ao Poder Executivo da União, em caráter absolutamente extraordinário, o exercício imediato de prerrogativas jurídicas inerentes à fiscalização e ao controle sobre o comércio exterior.

Essa última afirmação é um espelho de outra conduta adotada pelo STF que foi a resolução do caso em questão, ou seja, a possibilidade da portaria do Ministério da Fazenda proibir a importação de bens usados, tirando essa competência muito específica da Constituição Federal, sem criar uma argumentação que permita estender o entendimento da decisão para os limites das portarias editadas pelos Ministérios do Estado, ou, de uma forma mais geral ainda, que servisse ao entendimento do poder regulamentar.

Conclusão

Diante dessa análise jurisprudencial, é possível estabelecer algumas conclusões, a maioria das quais em confirmação das hipóteses elaboradas no presente estudo.

O poder regulamentar mostrou-se uma necessidade nos dias atuais, pela natureza da demanda normativa que enseja respostas ágeis e com um certo grau de especialização. Essa agilidade mostrou-se necessária, por exemplo, na defesa da ordem ambiental, na atualização orçamentária diante de índices de preço variáveis, na resposta ao colapso do abastecimento de água. Já a necessidade de especialização ficou mais evidenciada na proibição de bens usados como forma de política econômica.

O posicionamento do STF demonstrou uma aceitação da atividade regulamentar bem mais ampla que a concebida pela doutrina tradicional, que só o admite na exata medida da fiel execução de uma lei determinada. Isso fica evidente na aceitação da fundamentação desses dispositivos em disposições constitucionais, como os decretos e portarias que estão de acordo com os fins ditados pela ordem constitucional, como a defesa dos interesses fazendários nacionais. Outra forma de aceitação é a manutenção da dubiedade em relação ao caráter inconstitucional de determinada norma, como no caso da Lei Orçamentária. Também a não apreciação do mérito da questão em tempo hábil, após conceder liminar permitindo a manutenção de um decreto no ordenamento, mesmo que este apresente indícios de incostitucionalidade, é uma forma de aceitação fática, através da não supressão do dispositivo impugnado pelo próprio STF.

Porém, o estabelecimento da refutação da doutrina tradicional como conseqüência lógica dessa aceitação, não se confirma completamente, pois, apesar dessa conduta do STF, o mesmo não constrói uma argumentação de maneira a refutar os argumentos da doutrina tradicional, alguns dos quais continuam fortes, qual seja, a da possibilidade do desempenho de arbitrariedades por parte do Executivo.

Ainda quanto a argumentação, o Tribunal, ao menos nos casos analisados, não a utiliza de maneira a construir uma concepção acerca do poder regulamentar e muitas vezes apela para o argumento da necessidade dessa atuação, resolvendo o caso específico em questão apenas, sem estabelecer parâmetros mais abrangentes. Essa conduta fica ressaltada na apreciação da Lei Orçamentária, em que as conseqüências políticas da questão têm papel fundamental na decisão.

Essa postura do STF parece advir da dificuldade do Tribunal em lidar com as questões trazidas pelo poder regulamentar, como as situações que ensejam uma resposta rápida, ilustrada pela necessidade de controle do consumo de água em períodos de escassez; a delicadeza de algumas situações, como o cenário político de um Estado, contemplado na ADI 1287; a conjuntura econômica, que exige uma atuação especializada e flexível, como o controle do comércio externo através de portarias do Ministério da Fazenda.

Desse quadro esboçado pelas conclusões tiradas da análise de jurisprudência, pode-se ressaltar o fato do STF permitir um poder regulamentar ampliado sem uma fundamentação consistente para tanto. Trata-se de uma aceitação sem deixar claro que aceita o poder normativo regulamentar do Executivo. Essa conduta dá margem para arbitrariedades, na medida em que não são estabelecidos parâmetros para controle dessa atividade. Admitir que aceita essa função do Executivo seria o primeiro passo para o estabelecimento de mecanismos de controle da mesma.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002.

BERCOVICCI, Gilberto. Políticas Públicas e o dirigismo constitucional, in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional Curitiba, 2003.

BRUNA, Sérgio Varella. O controle judicial da atividade normativa do Poder Executivo na Regulação dos Mercados: o papel da procedimentalização e da participação dos interessados. Tese (doutorado). Orientador: NUSDEO, Fábio. São Paulo, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Agencias reguladoras: legalidade e constitucionalidade, in Revista tributaria e de finanças públicas nº 35, 2000.

FRANCISCO, José Carlos. Limite Constitucionais à função regulamentar e aos regulamentos. Tese (doutorado). Orientador: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. São Paulo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da ‘separação dos poderes’: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no Direito brasileiro, as leis-medida, in O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Atividade econômica e regulação, in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional Curitiba, 2003.

LEAL, Victor Nunes. Delegações legislativas, in Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MONTESQUIEL, Charles Luis Secondant, Baron de la Brede et de. Do espírito das leis. São Paulo: Abril, 1973.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOJAL, Sebastião de Barros. Controle Judicial da regulamentação de políticas públicas, in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional Curitiba, 2003.

---

[1] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p.168

[2] José Carlos Francisco, em sua esse de doutorado Limite Constitucionais à função regulamentar e aos regulamentos, São Paulo, 2003, p. 4, anota que “Fatores culturais, ideológicos, religiosos, econômicos e políticos, individualmente ou conjugados, representam os principais motivos das transformações nos modelos jurídicos do Estado moderno”

[3] Este trabalho adota o entendimento segundo o qual a atividade regulamentar engloba também a produção normativa dos Ministérios do Estado, na esteira da tese de doutorado de José Carlos Francisco: “são também regulamentos os atos normativos editados por autoridades que não o Chefe do Executivo, quando a própria constituição ou a lei assegurarem ao ente da administração direta ou indireta a tarefa de complementar o ato de natureza primária (por exemplo, os atos das agências reguladoras que exercem competência normativa descentralizada e excluída da função normativa do Chefe do Executivo). Não há necessidade de identidade entre decreto e regulamento, de modo que os regulamentos dos demais órgãos da administração ou entes da administração indireta podem ter ouras formas jurídicas (como portarias e resoluções)”. Embora também admita a existência de uma atividade regulamentar vultosa por parte dos demais órgãos da administração direta e daqueles da administração indireta, esta não será objeto do presente trabalho por motivo de corte metodológico.

[4] Há uma grande dificuldade em definir o que são políticas públicas. Maria Paula Dallari, em sua obra Direito Administrativo e políticas públicas, as define como programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, mas admite a indeterminação dessa definição, ao afirmar, adiante, que política pública é uma locução polissêmica cuja conceituação só pode ser estipulativa, na medida em que trata-se de um construto social e de pesquisa.

[5] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p.253

[6] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 249

[7] MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: E. Revista dos Tribunais, 2003, p.81

[8] idem, p.87

[9] MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: E. Revista dos Tribunais, 2003, cit.,p.87

[10] BRUNA, Sérgio Varella. Tese de doutorado: O controle judicial da atividade normativa do Poder Executivo na Regulação dos Mercados: o papel da procedimentalização e da participação dos interessados. São Paulo, 2002

[11] FRANCISCO, José Carlos. Limite Constitucionais à função regulamentar e aos regulamentos, São Paulo, 2003, p.23

[12] FRANCISCO, José Carlos. Limite Constitucionais à função regulamentar e aos regulamentos, São Paulo, 2003, p.34

[13] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002, p.305

[14]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002 p.306

[15]idem, p.322

[16]idem, p.307

[17] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros,2002, p.311

[18] idem, p.312

[19] idem, p.331

[20] Montesquieu, Charles Luis Secondant. Do espírito das leis. São Paulo: Abril, 1973. p.

[21] GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. Malheiros: São Paulo, 1996, p. 179

[22] idem, p. 182

[23] Montesquieu, Charles Luis Secondant. Do espírito das leis. São Paulo: Abril, 1973. p