



**DCAP**

ANO I - Nº 8  
AGOSTO/97

**Direito Administrativo**  
**Contabilidade e**  
**Administração**  
**Pública**



Não colhe, igualmente, a tese sustentada em juízos pertencentes à Administração Pública. Com efeito, houve indiscutível equívoco na apreciação do tema incorporação. Sim, porque não se poderia falar de incorporação do percentual alusivo à Gratificação de Dedicção Exclusiva, principalmente com base no art. 9º da Lei nº 8.460/92.

Existia um juízo que validava um ato administrativo — percepção discutível de gratificação — contaminado pela ilegalidade, uma vez que tal percepção não seria possível juridicamente.

A supressão da gratificação percebida, na verdade, deveria ter sido feita desde o dia 17 de dezembro de 1992 quando entrou em vigor a Lei nº 8.460, uma vez que obstaculizou, a partir de então, o recebimento da Gratificação de Dedicção Exclusiva nos moldes do inciso VIII, § 3º, art. 2º da Lei nº 7.923/89.

A hipótese, portanto, é de mera anulação de ato administrativo ilegal, não de violação à Constituição Federal. Inviável, por isso mesmo, o recurso ao direito adquirido e à não redução de vencimentos, uma vez que estranhos a esta realidade normativa.

II - Remanesce, entretanto, um ângulo da questão discutida: o percentual de 80% no período que vai do dia 17 de dezembro de 1991 ao dia 16 de dezembro de 1992.

Tal percentual, como já acentuado, era devido em razão da extensão feita legalmente. Sendo assim, a Administração Pública não poderia reduzi-lo para 48,66%, como se tem notícia, sob o argumento de que a Lei nº 8.270/91 não havia estipulado o percentual aplicável.

A tese, naturalmente, é retórica na medida em que o percentual já fora fixado pelo Decreto-lei nº 2.195/84. Assim, a Lei nº 8.270/91 apenas utilizou o recurso técnico da remissão a outro dispositivo legal, o que liquida a alegação da falta de fixação legal do percentual.

Devidos, por consequência, 31,40% incidentes sobre o vencimento ou salário dos servidores públicos pertencentes à Fundação Nacional de Saúde, por força do Decreto-lei nº 2.195/84, no período compreendido pelo dia 17 de dezembro de 1991 ao dia 16 de dezembro de 1992, em razão de terem percebido o valor advindo da aplicação do percentual de 48,66% e não de 80%.

\* Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - MG - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.



## A SUSTAÇÃO DE ATOS DE DELEGAÇÃO E DOS ATOS REGULAMENTARES PELO PODER LEGISLATIVO

Gilmar Ferreira Mendes\*

O art. 49, inciso V, da Constituição de 1988 restabeleceu, parcialmente, na ordem constitucional brasileira, instituto que havia sido introduzido entre nós pela Constituição de 1934 (CF, art. 91, inciso II), autorizando o Congresso Nacional a sustar os atos legislativos que ultrapassem os limites da delegação outorgada (lei delegada) ou os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Trata-se de fórmula excepcional no sistema constitucional brasileiro, que, por isso mesmo, há de merecer uma interpretação estrita.

Nas suas anotações à Constituição de 1934, observou Pontes de Miranda a propósito:

*"... o inciso II do art. 91 constitui atribuição importantíssima. É a primeira vez que adotamos exame dos regulamentos sem o caso concreto, exame da lei em si mesma, em sua existência (...). A Constituição brasileira vai além, posto que só se exerça o poder de exame depois de emitidos. Um pouco função de Alta Corte constitucional, como preconizamos em 1932.*

*O poder do Senado Federal, no caso do inciso II, é total e definitivo. Pode refulgar parte ou todo o regulamento. É um intérprete da Constituição e das leis, a respeito de regulamentos do Poder Executivo"<sup>(1)</sup>.*

Evidentemente, essa competência excepcional — um autêntico controle político de legitimidade — é suscetível de contraste na via judicial.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido ser admissível a ação direta de inconstitucionalidade contra resolução de órgão legislativo que suste a eficácia de ato regulamentar. Nesse sentido, registre-se que aquela Corte já acolheu ação direta proposta com o objetivo de impugnar a legitimidade de Decreto Legislativo estadual que suspendeu os efeitos de ato do Poder Executivo sem a observância dos limites estabelecidos no art. 49, inciso V, da Constituição<sup>(2)</sup>.

(1) Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, tomo I, p. 770/771.

Deve-se registrar que, salvo melhor juízo, esse instituto não se mostra apto a propiciar um efetivo instrumento de controle contra abusos perpetrados pelo Executivo no exercício do Poder Regulamentar. Já a dificuldade de colher majorias nas Casas Parlamentares, para lograr uma decisão clara sobre a legitimidade do ato normativo questionado, demonstra a insuficiência desse instituto como instrumento de aferição de legitimidade do ato normativo. Por isso, ninguém poderá em sã consciência sustentar que a falta de uma decisão da Casa Legislativa sobre a observância ou não pelo Poder Executivo dos limites do Poder Regulamentar corresponderia a uma decisão de improcedência.

A importância que assume o regulamento na ordem jurídica parece sugerir a necessidade de que, ao lado desse instrumento, se desenvolva forma mais expedita de controle de legitimidade dos atos regulamentares.

Kelsen já havia assinalado que qualquer ofensa contra o direito ordinário configuraria uma ofensa indireta contra a própria Constituição, desde que esta contivesse o princípio da legalidade da Administração<sup>3</sup>. Não obstante, enquanto a inconstitucionalidade *direta* poderia ser aferida pela via abstrata, a inconstitucionalidade *indireta* somente poderia ser examinada dentro de um sistema de controle da legalidade. Com a diferenciação entre a *inconstitucionalidade direta* e *indireta*, esforçava-se Kelsen para superar as dificuldades práticas decorrentes da ampliação desse conceito de inconstitucionalidade<sup>4</sup>. Reconhecia-se, porém, a dificuldade de se traçar uma linha precisa entre a inconstitucionalidade *direta* e *indireta*<sup>5</sup>.

Sem fazer qualquer distinção entre inconstitucionalidade *direta* e *indireta*, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional.

A Constituição de 1988, tal como já fizera a Constituição de 1967/1969 (art. 153, § 2º, c/c 81, inciso III), consagra no art. 5º, inciso II, os princípios da supremacia da lei e da reserva legal como elementos fundamentais do Estado de Direito, exigindo que o poder regulamentar do Executivo seja exercido apenas para *fidel execução da lei* (CF, art. 84, inciso IV).

Disso resulta diretamente, pelo menos no que concerne aos direitos individuais, que a ilegalidade de um regulamento equivale a uma inconstitucionalidade, porque a legalidade das normas secundárias expressa princípio do Direito Constitucional objetivo<sup>6</sup> ("Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" CF art. 5º, inciso II).

[3] Kelsen, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 41.

[4] Como observado por Ipsen (*Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 147), o ponto central do problema residia, para Kelsen, na diferenciação entre a competência da jurisdição constitucional e da jurisdição administrativa.

[5] Kelsen, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 39.

Entendimento contrário levaria a uma completa ruptura com a necessária vinculação da administração à Constituição, uma vez que ela poderia editar qualquer ato regulamentar, ainda que em contradição com os direitos individuais, sem observância do princípio da reserva legal<sup>7</sup>. Nesse caso, tal como já ressaltado por Papier, a *legalidade da restrição configura condição de sua constitucionalidade*. A contrariedade à lei representa sempre um caso de ofensa a direito individual<sup>8</sup>.

É certo que a inexistência de um sistema de controle judicial que permita aferir a legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma *desvalorização* do postulado da supremacia da lei e da reserva legal<sup>9</sup>. Outrossim, a falta de controle judicial, nesses casos, pode flexibilizar excessivamente o princípio da divisão dos poderes, afetando, assim, uma decisão fundamental do constituinte (Constituição, art. 2º).

Por outro lado, a proximidade — às vezes, a quase confusão — entre a questão constitucional e a questão legal na relação entre lei e regulamento, não recomenda que a competência para conhecer dessa questão seja deferida a uma outra Corte de Justiça, como já se cogitou entre nós, uma vez que, muito possivelmente, surgiriam conflitos de interpretação praticamente insolúveis.

Assim, poder-se-ia cogitar da criação de instituto especial, nos moldes estabelecidos pelo art. 139 da Constituição austríaca, conferindo também o controle abstrato da legitimidade dos atos regulamentares ao Supremo Tribunal Federal, mediante iniciativa de órgãos do Poder Legislativo (eventualmente, as Mesas da Câmara e do Senado Federal) e do Procurador-Geral da República<sup>10</sup>.

Procurador da República; Professor Adjunto da Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); Doutor em Direito pela Universidade de Münster - República Federal da Alemanha (RFA).

[7] Cf., a propósito, no direito alemão, Erichsen. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. 1, p. 20.

[8] Papier, Hans-Jürgen. "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts. in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. 1, p. 432-434.

[9] Cf. Mello, O. A. Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. 1, p. 314-316; Ataliba, Geraldo. *Poder Regulamentar do Executivo*, RDP, n. 57-58, p. 196; Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 37; Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, vol. III, p. 312-314; Sobre a questão no direito tedesco, cf. Stein, *Staatsrecht der Bundesrepublik*, v. 1, p. 85-87.

[10] Cf., sobre o assunto, proposta de Emenda Revisorial do Deputado Adroaldo Streck (Proposta nº 3.342), que recomendava também a supressão do art. 49, X (competência do Congresso Nacional para sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de dele-