

# **Mutação constitucional pelo Poder Executivo**

Dos poderes constitucionais de países democráticos, o Executivo é o que reúne o maior número de técnicos e especialistas dedicados a planejar e a executar as ações de governo e as políticas públicas que concretizam o que é determinado pela Constituição. Em primeiro lugar, pode-se pensar no protagonismo que exerce o chefe do Executivo, notadamente no presidencialismo. Os debates sobre o tema podem remontar à discussão, sob a Constituição de Weimar, a quem cabia o papel de guardião da Constituição, com a resposta definitiva de Schmitt: ao presidente (Schmitt, 1983). Não precisa se chegar a tanto, mas é notável a autoridade de interpretação da Constituição dada aos presidentes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, foram eles que, interpretando disposições constitucionais imprecisas, afirmaram seu poder de “fazer guerra”, diferenciando-o da competência do Congresso de “declarar guerra”, e, assim, possibilitando o alargamento do espaço de sua autonomia no assunto (Krent, 2005, p. 11 *et seq.*; Whittington, 1999, p. 175 *et seq.*). Também foram eles que ampliaram suas competências sobre a política externa, tanto ao estabelecerem relações pacíficas com outras nações ou incursões militares em países estrangeiros, sem necessidade de autorização congressual, quanto ao fazerem acordos executivos informais com representantes do Senado, para aprovação de tratados internacionais, dispensando a exigência do texto constitucional de “aconselhamento e aprovação” por dois terços da Casa (Krent, 2005, p. 91 *et seq.*). Pela prática reiterada ou pela delegação tácita do Legislativo, eles também adquiriram competência para não sancionar, durante os recessos parlamentares, projetos de lei aprovados pelo Congresso – o chamado “*pocket veto*”;

para perdoar crimes, como a desobediência à ordem judicial; e para determinar o não fornecimento de informações sensíveis, documentos e comunicações internas – especialmente quando dizem respeito a questões de segurança nacional – ao Congresso, aos tribunais ou à opinião pública – o que ficou conhecido como “privilégio executivo”. Todas essas competências, ao fim, foram reconhecidas, como *fait accompli*, pela Suprema Corte (Bradley; Morrison, 2012, p. 421).

A amplitude dos poderes presidenciais nos Estados Unidos ficou muito além das previsões dos convencionais da Filadélfia.<sup>71</sup> Um juiz da Suprema Corte, Robert Jackson, identificou, em 1952, esse fenômeno:

É relevante notar a diferença que existe entre os poderes do presidente no papel e seus poderes reais. A Constituição não revela a medida dos efetivos controles, exercidos pelo escritório presidencial moderno. Ela deve ser entendida como um esboço, elaborado no século XVIII, do governo que se esperava que fosse, não como um projeto do Governo que é. Os vastos acréscimos às competências federais, à custa dos poderes reservados aos estados, ampliaram o escopo da atividade presidencial. Mudanças sutis tiveram lugar nos centros de poder real que não se mostram na face da Constituição (Estados Unidos, 1952, [n. p.], tradução nossa).<sup>72</sup>

A capacidade de atribuir sentidos inovadores às normas constitucionais transcende sistemas de governo, pois é decorrência da própria estrutura do Executivo e de sua relação dinâmica com o Legislativo (Griffin, 1996, p. 45; Whittington, 1999). Nessa relação, não raras vezes, opera-se uma

71 A expressão “convencionais da Filadélfia” faz referência à Convenção da Filadélfia. Também conhecida como Convenção Constitucional ou Convenção Federal, trata-se do evento que culminou na criação da Constituição dos Estados Unidos da América.

72 “It is relevant to note the gap that exists between the President’s paper powers and his real powers. The Constitution does not disclose the measure of the actual controls wielded by the modern presidential office. That instrument must be understood as an Eighteenth-Century sketch of a government hoped for, not as a blueprint of the Government that is. Vast accretions of federal power, eroded from that reserved by the States, have magnified the scope of presidential activity. Subtle shifts take place in the centers of real power that do not show on the face of the Constitution.”

delegação tácita ou uma aquiescência reiterada de exercício monocrático, pelo Executivo, de competências que, em princípio, dependeriam de uma convergência de vontades e interações orgânicas.

Veja-se, nos Estados Unidos, a delegação tácita de uma autoridade ampla ao presidente em assuntos externos, especificamente no tocante à criminalização da venda de armas a países envolvidos em conflito na América Latina:

Uma prática legislativa como a que temos aqui, evidenciada não apenas por instâncias ocasionais, mas marcada pelo movimento de um fluxo constante por um século e meio, é um longo caminho na direção de provar a presença de uma base inatacável para a constitucionalidade da prática, a ser encontrada na origem e na história do poder envolvido, ou em sua natureza, ou em ambos combinados (Estados Unidos, 1936, [n. p.], tradução nossa).<sup>73</sup>

Nem sempre, porém, é bem examinado o quanto a administração pública tem ou pode ter um papel relevante na concretização e mutagênese constitucionais (Metzger, 2010, p. 487). É preciso notar que é ela quem aplica as normas constitucionais “no varejo” ou “em retalhos” por meio dos diversos programas, planos e órgãos que executam os comandos legais. Esses comandos, muitos deles oriundos dos trabalhos e estudos dos técnicos e especialistas executivos (Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 153), realizam a Constituição “no atacado”, ao estabelecerem, de regra, enunciados normativos gerais e abstratos (Staszewski, 2010, p. 857-858). Os gestores, técnicos e especialistas do Executivo, então, retomam os parâmetros normativos, que, em grande parte, ajudaram a elaborar, para, dessa vez, torná-los exequíveis. Esse processo é ainda mais radical em sistemas como o estadunidense, em que há agências executivas com poderes normativos primários e de execução.

---

73 “A legislative practice such as we have here, evidenced not by only occasional instances, but marked by the movement of a steady stream for a century and a half of time, goes a long way in the direction of proving the presence of unassailable ground for the constitutionality of the practice, to be found in the origin and history of the power involved, or in its nature, or in both combined.”

O poder das agências nos Estados Unidos mereceria um estudo à parte. Desde “Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.” (Estados Unidos, 1984), a Suprema Corte tem deferido um amplo poder discricionário a elas, inclusive para interpretar as leis (Bamberger, 2008).<sup>74</sup> Sobre os riscos dessa orientação:

O poder e a política continuam a vir de tomadores de decisão tecnocráticos que ganham legitimidade porque, teoricamente, são controlados diretamente por um funcionário que está sujeito a todos os nossos votos. Isso, é claro, é um mito. A responsabilidade do Executivo tem suas próprias limitações. Mais importante ainda, ela é limitada constitucionalmente quando se torna uma fonte de mudança legislativa. Sem um papel mais ativo do Congresso, colocar cada vez mais controle de supervisão nas mãos do Executivo leva ao risco de dirigir os processos de mudança para direções muito antidemocráticas. A “democracia fraca” só pode se tornar mais fraca em tais contextos (Aman Jr., 1988, p. 1246, tradução nossa).<sup>75</sup>

Seja no parlamentarismo, com a estrutura administrativa profissionalizada, gerida por um gabinete ou primeiro-ministro, seja num presidencialismo em que se atribua ao Legislativo um poder de delegar a agentes ou agências executivas independentes uma série de tarefas que escapam do controle presidencial, ou, ainda, seja num presidencialismo unitário e hierarquizado em que existe um controle ao menos virtual por parte do presidente (Krent, 2005), há, na estrutura administrativa, um amplo potencial de promoção e inovação constitucionais. Mesmo a atuação do Judiciário, comparada com as atividades executivas, é reduzida

---

74 Cf. KATZMANN, 1986.

75 “Power and policy continue to come from technocratic decision-makers who gain legitimacy because, theoretically, they are controlled directly by an official that is subject to all of our votes. This, of course, is a myth. Executive accountability has its own limitations. More importantly, it is constitutionally limited when it becomes a source of legislative change. Without a more active congressional role, placing more and more supervisory control in the executive’s hands risks moving the processes of change in very undemocratic directions. ‘Thin democracy’ can only become thinner in such contexts.” Cf. BRESSMAN, 2003.

ou colocada em algum lugar entre a operação no atacado, própria do Legislativo, e no varejo, típica do Executivo (Fisher, 1988; Sager, 1993; Siegel, 2001). Quanto mais fortes os ramos políticos, menos atuantes serão as Cortes (Post; Siegel, 2003, p. 34-35).

Embora a separação dos poderes atue como um princípio estruturante do Estado de Direito, muito frequentemente há negociações entre o Executivo e o Legislativo para formulação de propostas de leis e de planos de ação (Metzger, 2010, p. 860-861). Não são incomuns reuniões, grupos de trabalho executivos ou participações em comissões legislativas que, impulsionadas ou mediadas pelos partidos políticos, resultam em propostas e planos. A predominância do Executivo é, todavia, a tônica, independentemente do sistema de governo (Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 153).

Mesmo na Grã-Bretanha, origem da valorização do Parlamento, a maioria dos projetos de lei se inicia no governo, notadamente em comissões administrativas ou interdepartamentais específicas; de regra, auxiliadas ou compostas por *parliamentary draftspersons* (ou relatores parlamentares, em tradução livre) (Dale, 1977, p. 334; Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 155; Zander, 2015, p. 2-3). É uma situação que se repete nos demais países do *Common Law* (Whelan, 1988, p. 49-50). Na França, por igual, o maior número de projetos é oriundo também do governo, ainda que alguns deles possam passar pelo crivo do Conselho de Estado, assim como sucede na Bélgica e na Suécia (Dale, 1977, p. 87, p. 112, p. 115). No Brasil, há também uma predominância do Executivo para iniciativa do processo legislativo. Esse processo sofreu uma leve inflexão a partir de 2009. Desde então, excepcionando-se 2011, houve mais iniciativas parlamentares que presidenciais (Sampaio, 2018).

A atividade de elaboração de projeto de lei é técnico-burocrática, embora se diga mais profissionalizada na *Common Law* do que no *Civil Law* (Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 155; Ramos; Heydt, 2017, p. 129-144; Whelan, 1988, p. 53). A grande maioria dos projetos de lei, na quase totalidade dos países, não envolve opinião de juristas de renome, nem se funda no Direito Comparado (Whelan, 1988, p. 48). A exceção,

talvez, seja a Alemanha, pois muitos professores de faculdades de Direito do país figuram entre os mais altos funcionários do Ministério da Justiça (Dale, 1977, p. 110). Os estudos e trabalhos preparatórios estão envolvidos numa aura de segredo, conhecendo-se, de regra, o anteprojeto ou o projeto de lei já prontos (David, 1950, p. 117). Mesmo no caso de opinião de um órgão como o Conselho de Estado francês, há segredo em torno do assunto até que o projeto venha a ser publicado (Whelan, 1988, p. 52).

Nem só de leis em sentido estrito vive o Estado, notadamente de perfil intervencionista ou regulador. A regulação, embora seja um termo mais da economia e das ciências sociais do que do direito, tem na administração pública seu grande centro de reflexão e reprodução. A lei, nesse sentido, torna-se um elemento do processo, que se inicia com o planejamento e termina com sua implementação, seguida de controle e revisões com novas aplicações pelos agentes públicos (Voermans, 2017).

Para boa parte dos analistas, a maioria das prescrições constitucionais é assim interpretada e desenvolvida dentro ou além do seu programa normativo originário (Bressman, 2003, p. 554-555). Pode ocorrer de os integrantes dos dois poderes, nesse processo construtivo e interativo, valerem-se de critérios tipicamente jurídicos, recorrendo até a precedentes judiciais. Mas esse não é o trabalho mais comum: “Em vez disso, esses ramos alteram a Constituição no decorrer das lutas políticas comuns, sem muita atenção aos valores legais e constitucionais que os advogados e os juízes consideram importantes” (Griffin, 1996, p. 45, tradução nossa).<sup>76</sup>

Há quem, por outro lado, advogue que os fundamentos das decisões dos ramos políticos e da administração pública vão além de mero cálculo pragmático de poder e consideram critérios imparciais e de justiça. Antes ou depois das decisões judiciais, os ramos políticos e a administração se veem envolvidos em debates sensíveis, como relações (e práticas) federativas, ações afirmativas, eutanásia, direitos das pessoas LGBTQIAPN+, privacidade na internet e aborto.

---

76 *“Instead, these branches alter the Constitution in the course of ordinary political struggles, without much attention to legal and constitutional values that Lawyers and judges think important.”*

Pode-se não concordar com as conclusões a que esses vários ramos extrajudiciais chegam nesses debates [...], mas é difícil sustentar que essas decisões extrajudiciais desconsiderem ou negligenciem argumentos de justiça e princípios (Whittington, 2002, p. 820-821, tradução nossa).<sup>77</sup>

Independentemente de em qual lado nos situemos nesse debate, parece indiscutível que as decisões judiciais, como as leis, dependem da atuação concretizante do Executivo e, nesse trabalho de execução, acabam dando o real e, por vezes, diferencial sentido das normas constitucionais. Os decretos presidenciais abrem uma rede de normas e atos de (re)definição das políticas públicas. Note-se, por exemplo, que, no Brasil, a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho foi instituída pelo Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011, fundamentado diretamente no artigo 4 da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (Brasil, 2011). Particularmente, os direitos sociais têm, na administração pública, um elemento que tanto pode facilitar quanto promover seu exercício. Uma intrincada rede de portarias e de instruções normativas e circulares se soma a procedimentos internos que, na prática, dão o sentido e alcance dos direitos.

Por exemplo, no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) (Brasil, 2012d), aprovada pela Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011, a sequência de expedientes normativos que lhe deram base foram:

- Decreto Presidencial nº 6.286, de 5 de dezembro de 2007, que instituiu o Programa Saúde na Escola (PSE), no âmbito dos ministérios da Saúde e da Educação, com finalidade de contribuir para a formação integral dos estudantes da rede básica por meio de ações de prevenção, promoção e atenção à saúde;
- Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/1990;

---

77 *“We may disagree with the conclusions that various extrajudicial bodies reach in these debates [...], but it is difficult to maintain that such extrajudicial decisions are unconsidered or neglect considerations of justice and principle.”*

- Portaria nº 204, de 29 de janeiro de 2007, que regulamenta o financiamento e a transferência de recursos federais para as ações e serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com respectivo monitoramento e controle;
- Portaria nº 687, de 30 de março de 2006, que aprova a Política de Promoção da Saúde;
- Portaria nº 3.252, de 22 de dezembro de 2009, que trata do processo de integração das ações de vigilância em saúde e atenção básica;
- Portaria nº 4.279, de 30 de dezembro de 2010, que estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);
- Portarias nº 822, de 17 de abril de 2006, nº 90, de 17 de janeiro de 2008, e nº 2.920, de 2 de dezembro de 2008, que estabelecem os municípios que poderão receber recursos diferenciados da Estratégia Saúde da Família (ESF);
- Portaria nº 2.372, de 7 de outubro de 2009, que cria o plano de fornecimento de equipamentos odontológicos para as equipes de Saúde Bucal na ESF;
- Portaria nº 2.371, de 7 de outubro de 2009, que institui, no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica, o Componente Móvel da Atenção à Saúde Bucal – Unidade Odontológica Móvel (UOM) (Brasil, 2012d).

Sobre a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, há outra rede de normas (Brasil, 2009). Nesse encadeamento, pode-se bem notar a possibilidade de atribuição, confirmatória ou modificatória, de sentido do direito à saúde.

Esse processo de diferenciação de significado, mantido o significante, pode-se operar nos extratos mais altos do Executivo ou atravessar todas as instâncias do Poder (Sampaio, 2002, p. 453 *et seq.*). No Brasil, isso pode

se dar, por exemplo, com uma interpretação larga da excepcionalidade da urgência e relevância, exigida para edição de Medidas Provisórias, para tratar de assuntos da administração ordinária, que se manteve mesmo depois da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, com o beneplácito quase integral do Congresso e do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2001). O próprio desenho institucional pode sofrer mutação.

A política de privatização do final do século XX e a atividade das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) no início dos anos 2000, associadas a uma crescente gestão autônoma de setores administrativos por meio das agências reguladoras, podem estar transformando – numa linha de delegação administrativa em sentido amplo e de modelo privado da administração – o significado, ou, pelo menos, a funcionalidade da estrutura burocrática do Estado brasileiro (Meirelles; Oliva, 2006; Moreira, 2002; Pires; Goldstein, 2001; Violin, 2015).

Há quem veja também a ocorrência de mutação constitucional promovida, com o beneplácito do Tribunal e com o princípio da legalidade, pelo reconhecimento de um poder jurígeno inovador, ainda que sub-reptício ou supostamente intralegal, no âmbito das agências reguladoras (Moreira; Caggiano, 2013). Existem, por certo, bases constitucionais, muitas delas introduzidas por emendas, de uma atividade regulamentar intensa por parte do Executivo, abrindo espaços para intervenções, *de facto*, autônomas e aplicação constitucional direta ou indireta. Algo semelhante sucedeu na Itália no curso dos anos 1990, falando-se de mutação constitucional: as privatizações, as novas autoridades independentes (Banca d'Italia, ISV AP, Consob, Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, Garante per la concorrenza e il mercato, entre outras)<sup>78</sup> e as alterações nos parâmetros da contratação pública são alguns exemplos (Morón, 1994).<sup>79</sup> As crises econômicas e éticas recentes levantam dúvidas sobre a persistência desse cenário que poderia conduzir a uma mutação constitucional.

---

78 Essas entidades constituem autoridades administrativas independentes encarregadas da regulação e fiscalização de setores como sistema financeiro, seguros, mercado de capitais, comunicação social e concorrência, no contexto da reforma administrativa italiana.

79 Cf. GUIZO, 2016.