



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



MARCÍLIO DA SILVA FERREIRA FILHO

**O POTENCIAL CRIADOR DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS REGULAMENTOS
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Recife, 2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



MARCÍLIO DA SILVA FERREIRA FILHO

**O POTENCIAL CRIADOR DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS REGULAMENTOS
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de Pesquisa: Estado, Regulação e Tributação Indutora

Orientador: Edilson Pereira Nobre Júnior.

Recife, 2014

Marcílio da Silva Ferreira Filho

“O potencial criador de direitos e obrigações dos regulamentos no direito brasileiro”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** (Presidente/UFPE)

Julgamento: APROVADO

Assinatura: _____

Professor Dr. **Maurício Zockun** (1º Examinar externo - PUC/SP)

Julgamento: APROVADO

Assinatura: _____

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Boaviagem** (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADO

Assinatura: _____

Recife, 07 de novembro de 2014

Coordenador: Prof^o Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelas inúmeras bênçãos concedidas em minha vida, dentre as quais está a realização do presente trabalho.

Agradeço especialmente também ao meu pai, por ter me dado apoio em casa e no trabalho para conseguir mais tempo nos estudos.

Agradeço à minha mãe e meu irmão pelo suporte diário, carinho e atenção.

Agradeço a minha namorada pela compreensão com os momentos em que tive que me restringir, ao invés de estar com ela.

Agradeço a todos os colaboradores da empresa Porto Zero Consultoria e Assessoria em Comunicação e Marcílio Ferreira Advogados Associados, por terem me incentivado e me apoiado em minhas ausências.

Por fim, agradeço especialmente ao meu professor e orientador Edilson Pereira Nobre Júnior pelo vasto conhecimento transferido e contribuições relevantíssimas para a consolidação das ideias deste trabalho.

“Sou livre-pensador no mesmo sentido em que podem chamar de livre-pensador toda pessoa que sente, no fundo de seu coração, o direito de ser cidadão e de desejar o bem de sua pátria, pois encontra no coração o amor por ela e a consciência de que nunca a prejudicou de maneira alguma” (resposta de Dostoiévski em 1849 no seu primeiro interrogatório após ser preso pelo conde Orlov)¹

¹ DOSTOIÉVSKI, Fiodor. **Crime e castigo**, 2013. Cronologia biográfica do autor feita por Oleg Almeida.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar os limites materiais da competência regulamentar atribuída ao Poder Executivo no direito brasileiro, com foco especial no potencial criador de direitos e obrigações dos regulamentos em face da interpretação atual acerca do princípio da legalidade. Apesar da importante conquista histórica revelada com a decaída do Estado absolutista e o advento do Estado democrático de direito, a divisão de competência normativa entre o Poder Legislativo (função legislativa) e Executivo (função regulamentar) é um tema que suscita debate na maior parte dos países, ensejando a criação de teorias, modelos, classificações, técnicas, entre outros. No direito administrativo e constitucional brasileiro, a polêmica se intensifica, na medida em que a prática adotada pelo Estado na utilização da competência regulamentar (bastante intensificada nos últimos anos) destoa da teoria tradicional construída no país, acarretando divergências e discussões que retomam o tema na atualidade. Ainda sem estruturação e no caminho do amadurecimento, o debate em âmbito nacional precisa de aprofundamento para construção de uma teoria base. Com isso, o escopo deste trabalho é analisar a abordagem do assunto, mapeando os principais argumentos, dados e materiais bibliográficos colhidos, bem como se posicionando diante dos pontos controversos, inclusive com possíveis perspectivas sobre a matéria.

Palavras-chave: Direito administrativo e constitucional. Competência regulamentar. Poder regulamentar. Princípio da legalidade. Limites materiais. Criação de direitos e obrigações.

ABSTRACT

The present work aims to study the material that limits the regulatory powers granted to the executive branch in Brazilian law, with particular focus on the potential to create rights and obligations in the face of current regulations regarding interpretation of the principle of legality. Despite important historical achievement revealed to the fallen of the absolutist state and the advent of democratic rule of law, the division of legislative powers between the legislature (legislative function) and Executive (regulatory function) is a topic that raises debate in most countries, entailing the creation of theories, models, classifications, techniques, among others. In Brazilian administrative and constitutional law, the controversy intensifies, to the extent that the practice adopted by the state in the use of regulatory powers (rather intensified in recent years) clashes with the traditional theory built in the country, leading to disagreements and discussions, which take up the theme in today. Not yet in the way of structure and maturation, the debate nationwide need for deepening construction of a base theory. Thus, the scope of this paper is to study a subject, mapping the main arguments, data and bibliographical material collected, as well as positioning on the controversial issues, including possible perspectives on the matter.

Keywords: Administrative and constitutional law. Regulatory competence. Regulatory power. Principle of legality. Material limits. Creation of rights and obligations.

RÉSUMÉ

Le présent travail vise à étudier les limites matérielles de la compétence réglementaire assignée à l'Exécutif dans le droit brésilien, avec un accent particulier sur la possibilité de créer des droits et obligations dans le visage de l'interprétation actuelle de la définition du principe de légalité. Malgré l'importance de la réalisation historique révélée à la tombée de l'État absolutiste et l'émergence de l'État de droit démocratique, le partage des compétences normatif entre le Législatif (fonction législative) et Exécutif (fonction réglementaire) est une question qui a soulevé une controverse dans la plupart des pays, permettant la création des théories, des modèles, des classifications, des techniques etc. En droit administratif et constitutionnel brésilien, la controverse s'intensifie, dans la mesure où la pratique adoptée par l'État dans l'utilisation des compétences réglementaires (au lieu intensifiées au cours des dernières années) entre en conflit avec la théorie traditionnelle construite dans le pays, ce qui entraîne des désaccords et des discussions qui ont le thème aujourd'hui. Pas encore dans la voie de la structure et de la maturation, les discussions nationales ont besoin de approfondir pour construire une théorie de base de l'objet. Ainsi, le but de cet article est analyser la discussion sur le sujet, identifier les principaux arguments et de matériel bibliographique collectées, ainsi que de se positionner en face des points controversés, y compris les perspectives possibles sur la question.

Mots-clés: Droit administratif et constitutionnel. Compétence réglementaire. Pouvoir réglementaire. Principe de légalité. Limites matérielles. Création de droits et obligations.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAI - *Autorités Administratives Indépendantes*;

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade;

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias;

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental;

AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul;

ANA – Agência Nacional de Águas;

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil;

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações;

ANCINE – Agência Nacional do Cinema;

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica;

ANP – Agência Nacional do Petróleo;

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários;

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária;

APA - *Administrative Procedure Act*;

ARI – Agências Reguladoras Independentes;

CF – Constituição Federal;

CMED - Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos;

CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social;

CNIL - *Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés*;

CNJ – Conselho Nacional de Justiça;

CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente;

CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial;

CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito;

CPSC - *Consumer Product Safety Commission*;

CVM - Comissão de Valores Mobiliários;

DENATRAN - Departamento Nacional de Trânsito;

DJe – Diário da Justiça Eletrônico;

DJ – Diário da Justiça;

DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio;

EC – Emenda Constitucional;

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente;

E.O. – *Executive Orders*;

EPA - *Environmental Protection Agency*;

E.U.A. – Estados Unidos da América;

FCC - *Federal Communications Commission*;

INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia;

HC – *Habeas Corpus*;

MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado;

MPAS - Ministério da Previdência Social;

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

MS – Mandado de Segurança;

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil;

OMB - *Office of Management and Budget*;

OSHA - *Occupational Safety and Health Administration*;

QUANGO - *Quasi Autonomous Non-Governmental Organizations*;

RESP – Recurso Especial;

RMS – Recurso em Mandado de Segurança;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

TC – Tomada de Contas;

TCU – Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ESTADO DE DIREITO E ESTADO LEGAL: OS REFLEXOS DA INSURGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NA TEORIA DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR	15
1.1. A decaída do modelo de Estado absolutista: alguns apontamentos históricos	15
1.2. A crise da filosofia liberal tradicional e a ascensão do Estado social, democrático e regulador	19
1.3. Estado legal e Estado de direito: algumas reflexões.....	26
1.4. A vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade: uma nova visão do Estado de direito contemporâneo	31
1.5. A construção de categorias e a retomada da discussão sobre competência regulamentar	37
2. CATEGORIAS DISTINTIVAS EM MATÉRIA DE COMPETÊNCIA REGULAMENTAR	41
2.1. A criação de direitos e obrigações como incitação da problemática: o estudo das categorias jurídicas sobre os regulamentos	41
2.2. Lei, regulamento e ato administrativo: elementos distintivos	42
2.3. Primazia e reserva legal.....	49
2.4. Função normativa, função legislativa, função regulamentar e algumas considerações sobre a delegação legislativa	53
2.5. Os regulamentos em face da relação jurídica afetada	58
2.5.1. Regulamentos jurídicos e de organização em paralelo aos regulamentos externo e interno	58
2.5.2. Os regulamentos nas relações de supremacia geral e especial de poder	63
2.6. Os regulamentos em relação à lei.....	66
2.6.1. Regulamentos executivos ou complementares.....	66
2.6.2. Regulamentos delegados ou autorizados	69
2.6.3. Regulamentos autônomos ou independentes.....	72
2.6.4. Regulamentos de emergência ou de necessidade	76

3. AS ALTERNATIVAS EM TRÊS MODELOS DIFERENCIADOS: FRANÇA, U.S.A. E ESPANHA	79
3.1. A escolha dos modelos a serem analisados	79
3.2. O modelo francês	80
3.2.1. Panorama antes da Constituição francesa de 1958	80
3.2.2. A separação de competências na Constituição francesa de 1958.....	83
3.2.3. A inserção do modelo francês de AAI's e sua importância no exercício do poder regulamentar.....	87
3.3. O modelo norte-americano (U.S.A.)	91
3.3.1. Separação e delegação de poderes	98
3.3.2. Uma análise abreviada do <i>rulemaking process</i>	103
3.4. O poder regulamentar no direito espanhol	106
3.4.1. O tema na Constituição espanhola de 1978	106
3.4.2. Os instrumentos de ampliação da competência regulamentar	111
3.4.3. O procedimento de elaboração de normas regulamentares e instrumentos de controle.....	116
4. ASPECTOS GERAIS DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO	120
4.1. O tema nas Constituições brasileiras	120
4.2. Titularidade e produção normativa	126
4.3. O controle da competência regulamentar	134
4.4. O processo de agencificação e seus reflexos na teoria do poder regulamentar	148
5. A CRIAÇÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES ATRAVÉS DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR	155
5.1. A interpretação acerca do art. 5º, II, da Constituição de 1988: primazia ou reserva legal?	156
5.2. Limites materiais de índole lógica e principiológica.....	164
5.3. Posicionamentos externados pelo STJ e STF sobre a matéria.....	168
5.4. Pressupostos para uma releitura da teoria da competência regulamentar ..	175
5.5. A densidade normativa mínima: uma nova perspectiva com antigas dificuldades	180
CONCLUSÕES	188

INTRODUÇÃO

As discussões que envolvem os limites do poder regulamentar² vêm ganhando foco entre os temas inseridos nas novas tendências do direito administrativo-constitucional. O presente trabalho se propõe a estudar e analisar, como o próprio título já sugere, o potencial criador de direitos e obrigações dos regulamentos no direito brasileiro, considerando seus elementos históricos e as novas perspectivas que envolvem o assunto.

O estudo proposto neste trabalho foi incitado principalmente pelas reflexões de uma discussão dicotômica que envolve a compatibilização do princípio da legalidade em face das funções assumidas pelo Estado na contemporaneidade. A inserção histórica e contextualização são importantes para impedir uma análise dissociada da realidade prática e teórica que vem se amoldando no direito de cada país e, especialmente, no direito nacional. Todavia, não se tem a pretensão de propor a importação de modelos estrangeiros, mas apenas permitir uma análise contextualizada do tema.

Os problemas de pesquisa propostos para desenvolvimento da questão principal servem para ajudar na compreensão do modelo de poder normativo estatal adotado na atualidade, sendo certo que o regulamento é um dos principais instrumentos de atuação do Estado, especialmente, mas não só, na perspectiva do direito administrativo-regulatório. É possível exemplificar a intensificação da atuação regulamentar de diversos órgãos e entidades, sejam centralizadas, como CONTRAN³,

² Destaca-se que há divergência sobre a utilização do termo “poder regulamentar”, já que alguns pensadores preferem a denominação de “função regulamentar”, razão pela qual também substituem a expressão “separação de poderes” por “separação de funções”. Este é o pensamento de Cármen Lúcia, para quem “não se cuida, efetivamente, de um poder, somente podendo ser aceita tal referência se se entender que qualquer ato originário do Estado é praticado no desempenho do Poder de que dispõe a pessoa política. Entretanto, se se considerar que a referência a poder é reservada a um conjunto de competências primárias para o desempenho de atribuições estatais (sentido objetivo) ou a um conjunto de órgãos aos quais a Constituição entrega o exercício daquelas competências, tipificando a quem são outorgadas (sentido subjetivo), verifica-se, de pronto, que a regulamentação é apenas uma das competências entregues ao administrador público”. Para este ponto de vista, o exercício do poder regulamentar não revela um poder propriamente dito do Estado, mas uma mera função atribuída ao Executivo. A par deste posicionamento, optamos por utilizar, como regra, a expressão poder regulamentar, dada a sua sedimentação no meio jurídico. Isto, contudo, não prejudica a possibilidade de utilização do termo função em determinadas situações para melhor explanação didática do tema. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 93.

³ À título exemplificativo, consultando o sítio eletrônico do DENATRAN, verifica-se que, desde 1998, foram editadas pelo CONTRAN quinhentas e três resoluções, com matérias das mais diversas. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/resolucoes.htm>> Acesso em 07 jul. 2014.

CONAMA, CVM, DNRC, Ministérios e assim por diante, sejam através de entidades descentralizadas, tal como as agências reguladoras: ANATEL, ANEEL, ANA, ANVISA etc.⁴

Não se trata, porém, de retomar o já tão enfrentado tópico relativo ao poder normativo das agências reguladoras, o que, diga-se de passagem, já possui bastante referência bibliográfica de porte. O objetivo é proporcionar uma análise sobre as discussões que envolvem a releitura da teoria do poder regulamentar no direito brasileiro, enfrentando as novas perspectivas do princípio da legalidade. Busca-se, portanto, estudar o potencial criador de direitos e obrigações que pode ser legitimado via regulamento, através do contemporâneo debate que se tem promovido sobre o princípio da legalidade e sua erosão diante do papel intervencionista do Estado.

No primeiro capítulo, parte-se de uma abordagem histórica sobre a decaída do Estado absolutista, passando pelos seus modelos estatais sucessores (social, democrático e regulador), com a finalidade de verificar as concepções de Estado de direito que transitaram nestes períodos e suas consequências no debate atual sobre a vinculação do Poder Público à legalidade (ou, sob uma nova denominação, juridicidade), além de observar os reflexos disto na competência regulamentar. O objetivo é promover a contextualização do tema para entender a remodelação do princípio da legalidade que se vem verificando e compreender como se chegou à quebra do paradigma da lei como instrumento principal do ordenamento jurídico para dar lugar ao compartilhamento com outras fontes do direito.

A importância de compreender a concepção de Estado de direito na atualidade influencia diretamente na identificação e no estabelecimento dos limites à competência regulamentar, principalmente pelo fato de que há uma intrínseca relação e tensão entre a legitimidade da atuação estatal e as normas jurídicas editadas por meio de instrumentos não provenientes do Parlamento. Assim sendo, os principais

⁴ Joaquim Falcão relata que “em 2007, o Congresso aprovou 198 leis. Em compensação, apenas três das principais agências reguladoras produziram 1.965 resoluções. A Agência Nacional de Energia Elétrica editou 635, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, 726, e a Agência Nacional de Águas, 604. Mesmo sem considerar resoluções das outras sete agências federais (ANVISA, ANS, ANCINE, ANATEL, ANP, ANTAQ e ANAC), são quase dez vezes mais atos normativos. Nos estados, o cenário se repete. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a AGERGS produziu 580 resoluções enquanto a Assembleia Legislativa gaúcha elaborou apenas 188 leis estaduais. Existem agências em 19 estados e também no Distrito Federal. Em alguns, mais de uma, como São Paulo e Rio”. Dessa forma, vê-se que a regulação dos setores econômicos utilizando o poder regulamentar como um importante instrumento na consecução de suas finalidades e de forma cada vez mais frequente. FALCÃO, Joaquim. *Agências Reguladoras e o Poder Judiciário*. **Revista Conjuntura Econômica**. Brasília: FGV, vol. 62, n. 06, p. 34, junho-2008, p. 34.

eventos históricos, que constituíram a base para a construção da teoria regulamentar, não podem ser deixados de lado no estudo proposto.

No segundo capítulo, são analisadas as categorias jurídicas referenciadas pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, identificando as suas classificações, modelos e sistematizações. A ideia é traçar um panorama das principais categorias e identificar as suas noções básicas, possibilitando a realização de um comparativo com o direito brasileiro, mas ressaltando, contudo, a necessidade de adequação às peculiaridades de cada ordenamento jurídico.

A identificação das principais categorias jurídicas serve para expor as bases e os fundamentos da teoria regulamentar. Apesar de auxiliar na organização e sistematização do assunto, as categorias não podem ser utilizadas como modelos imodificáveis, a impedir o estudo e a evolução do pensamento.

No terceiro capítulo, foram eleitos três principais ordenamentos jurídicos estrangeiros para analisar o sistema de competência regulamentar, em virtude de suas características singulares. Elegeram-se os modelos francês, norte-americano e espanhol, que possuem desenvolvimentos teóricos distintos, apesar do relacionamento mais próximo destes dois últimos. Cada um destes três sistemas apresenta soluções alternativas à interpretação restritiva da legalidade, através de instrumentos ou alternativas para viabilizar a ampliação do poder regulamentar.

O modelo francês foi escolhido pela sua evolução histórica peculiar, especialmente diante da mudança promovida a partir da Constituição de 1958. O modelo do direito norte-americano, por outro lado, tem como característica importante a construção jurisprudencial de uma teoria específica de delegação de competências para viabilizar a atuação regulamentar, em que pese a inexistência de previsão constitucional. Por fim, é estudado o modelo espanhol, que, apesar de também trabalhar técnicas de delegação legislativa possibilitadas por uma construção doutrinária e jurisprudencial, possui peculiaridades no seu desenvolvimento que chamam atenção, especialmente quanto à estruturação teórica do assunto.

No quarto capítulo, o foco se volta especificamente ao direito brasileiro. Nele, aborda-se a evolução do tema nas Constituições. Em seguida, mas ainda no mesmo capítulo, são analisados os aspectos formais do poder regulamentar no direito pátrio, como a titularidade da produção normativa, a existência ou inexistência de um procedimento específico, os instrumentos de controle, entre outros elementos importantes.

Por fim, no quinto e último capítulo, aborda-se especificamente a problemática principal do trabalho, que é o potencial criador de direitos e obrigações dos regulamentos no direito brasileiro. Estudando os limites materiais da competência regulamentar, o capítulo permite avaliar as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o sistema adotado pelo Brasil, observando ainda as perspectivas para mudança de paradigma e para possível construção de uma nova teoria.

A metodologia empregada será pela utilização das referências bibliográficas nacionais e estrangeiras sobre o tema, partindo da contextualização histórica, para analisar as informações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto especificamente no direito brasileiro. Mapeando os principais argumentos sobre a problemática proposta no trabalho, a ideia é identificar a estruturação da teoria regulamentar diante da alteração da função estatal da intensificação do uso dos regulamentos na atualidade, principalmente em órgãos e entidades com finalidade eminentemente interventiva.

Antes de tudo, é preciso esclarecer que o objeto da pesquisa não engloba o poder normativo exercido por outros poderes como o Judiciário e o Legislativo, apesar de poder haver referências ao longo do desenvolvimento como forma comparativa ou informativa. O poder regulamentar aqui referido diz respeito ao exercido pelo Poder Executivo, no exercício de sua competência normativa.

É preciso deixar claro também que a pretensão do trabalho não é fornecer uma solução ao problema dos limites da competência regulamentar frente ao princípio da legalidade e às divergências existentes no direito brasileiro. A intenção é de trazer à tona uma nova perspectiva sobre o assunto que vem surgindo aos poucos, mas que ainda não ganhou estrutura e sistematização suficiente para se consolidar, ou seja, demonstrar que a teoria regulamentar tradicional vem sendo relida a partir de novos pressupostos, mas ainda em passos lentos, conforme se demonstrará.

1. ESTADO DE DIREITO E ESTADO LEGAL: OS REFLEXOS DA INSURGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NA TEORIA DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

1.1. A decaída do modelo de Estado absolutista: alguns apontamentos históricos

O desenvolvimento de uma reflexão sobre o sentido da vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade (que está diretamente relacionado ao da legalidade) requer uma contextualização histórica necessária à compreensão do Estado de direito e da origem dos ideais que envolvem a temática. Não se pretende, porém, trazer detalhes e minúcias acerca de fatos históricos, mas, como o próprio título do tópico sugere, fazer alguns apontamentos relevantes para inserir a discussão no seu contexto.

Estudar o Estado de direito, nesse sentido, pressupõe entender a sua contraposição ao Estado absolutista, também denominado Estado de polícia, e como este veio a decair diante dos eventos históricos ocorridos nos séculos antecedentes para dar lugar a modelos e teorias de contenção do poder arbitrário. Apesar da dificuldade que existe para definir parâmetros de identificação dos modelos estatais pela inexistência de um modelo prévio de enquadramento, a referência aos dois principais (Estado de direito e absolutista), como afirma Pietro Costa, serve principalmente para “opor a liberdade ao totalitarismo, ou para reivindicar a importância dos direitos ou, ainda, para exaltar a autonomia dos indivíduos contra a intromissão da burocracia”.⁵

Os Estados baseados no absolutismo possuem características que inviabilizam falar sobre contenção dos poderes arbitrários do governante através de direitos preestabelecidos em favor dos súditos. Não há controle do arbítrio e nem mesmo submissão do rei ou príncipe às próprias normas por eles mesmos editadas.⁶ Retratam-se seus traços marcantes como: ausência de leis limitativas do poder do

⁵ COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95.

⁶ Carlos Ari Sundfeld destaca que o governante “não encontra limitação, quer interna, quer externa. Será, por isso, insuscetível de qualquer controle. Parecia, ao espírito da época, que quem detinha o poder – de impor normas, de julgar, de administrar – não poderia ser pessoalmente sujeito a ele: ninguém pode estar obrigado a obedecer a si próprio”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 34.

governante, caráter patrimonialista dos cargos públicos, irresponsabilidade por atos praticados pelo Estado, concentração dos poderes de legislar, julgar e executar as leis, inexistência de igualdade e assim por diante. Nesse sentido, a arbitrariedade é elemento indissociavelmente presente no absolutismo. O regulamento, por sua vez, era descaracterizado, já que o exercício do poder legislativo concentrava-se na figura do déspota.⁷

Nas palavras de Gordillo, “não se reconhece nenhum tipo de direito ao indivíduo frente ao soberano”,⁸ de maneira que este não poderia ser demandado ou responsabilizado por qualquer fato, havendo concentração de poderes e a ausência de limites ao poder de polícia.⁹ Deve-se destacar que esta irresponsabilidade do Estado foi sendo parcialmente relevada com a teoria da dupla personalidade, por meio da ficção da pessoa do Fisco, a qual, diferentemente do Estado figurado no rei ou príncipe, poderia ter seus atos questionados pelos súditos. Assim explica Luis S. Cabral de Moncada:

Não se pense, contudo, que os cidadãos ficavam completamente desprotegidos face às arremetidas mais ou menos <<esclarecidas>> do estado-de-polícia. [...]

A doutrina apressou-se a ficcionar a figura do “Fisco”, como uma pessoa jurídica independente do estado, sem poderes de autoridade e capaz de entrar em relações jurídico-privadas com os particulares. Considera-se que a administração <<fiscal>> está ao mesmo nível dos particulares e conseqüentemente é-lhe imputável a responsabilidade contratual ou extracontratual pelos prejuízos causados aos particulares no desenvolvimento da sua atividade.¹⁰

O período do Iluminismo, por outro lado, surgiu como momento de reviravolta, marcadamente em virtude do desenvolvimento de filosofias que focalizavam a ideia na liberdade do indivíduo, bem como nos movimentos e revoluções ocorridos à época para concretização destas ideologias. No entanto, como esclarece ainda Gordillo, a

⁷ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 1229-1247, nov. 2005, p. 1234.

⁸ O referido autor, no entanto, destaca que esta inexistência total de direitos se dá apenas em princípio “pois sempre se encontram na história países ou épocas em que algum limitado grupo de direitos teve algum débil reconhecimento pelo soberano”. GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 28.

⁹ Montesquieu ressaltava que a ausência de limites ao poder do soberano inviabilizava falar em leis ou mesmo em legislador. Não haveria o que fixar a legislação, já que a propriedade das terras era sempre do príncipe. Da mesma forma, portanto, não se poderia falar em sucessão. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De l'esprit des lois I**. Paris: GF Flammarion, 1979, Vol. 1, p. 200.

¹⁰ MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 32.

decaída do Estado absolutista não se deu a partir de um marco histórico preciso, identificando-se como um processo que foi aos poucos construído.¹¹

Apesar de se apontar a Revolução Francesa (1789) como o principal acontecimento que deu ênfase aos ideais do Estado de direito na sua concepção tradicional com a quebra paradigmática do modelo de Estado absolutista, através do estabelecimento de princípios fundamentais e, inclusive, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹² e da Constituição francesa de 1791, é certo que outros movimentos compuseram a luta pelo abandono do modelo de Estado de polícia ou, ainda, detinham elementos que demonstravam essa intenção.

Alguns autores indicam a Carta Magna da Inglaterra de 1215, que não estaria inserida ainda no período iluminista, como “o exemplo mais remoto de norma jurídica imposta ao poder político para limitá-lo, com a finalidade de proteger os destinatários”, nas palavras de Sundfeld.¹³ Este diploma, no entanto, apesar de limitativo do poder exercido pelo Rei João à época, não trazia uma estrutura que permitisse falar em fundamentos para a construção do Estado de direito, apesar das limitações de poder do momento histórico.

No mesmo sentido, na Prússia, do século XVII para o início do século XVIII, já demonstrava indícios de insatisfação dos súditos em relação à arbitrariedade dos governantes, considerando o caráter patrimonialista dos cargos públicos (uma das características do Estado polícia). Percebeu-se a necessidade de modificação desta característica, passando a uma sistematização meritória de acordo com a qualificação do corpo funcional, sem, contudo, marcar uma ruptura da noção estatal absolutista.¹⁴

Muito mais enfático, o momento da Revolução Gloriosa (1688-1689) na Inglaterra teve sua contribuição para o desenvolvimento do modelo de supremacia do Parlamento e da sobrevalorização da lei, principalmente com a edição da Declaração de Direitos do Cidadão (*Bill of Rights*). Dentre os direitos assegurados nesta declaração, citam-se a possibilidade de apresentação pelos súditos de petições ao Rei por prisões ilegais; a impossibilidade de cobrança de tributos sem a concordância

¹¹ GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 29.

¹² Todo o conteúdo da referida declaração expressa bem o ideal de sobrevalorização da legalidade decorrente deste movimento histórico, merecendo destaque os arts. 5º, 6º e 7º. Essa supremacia da lei influencia a construção das constituições seguintes não só da França, como também dos demais países aderentes à concepção liberal da época.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 35.

¹⁴ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 1229-1247, nov. 2005, p.1234.

do Legislativo; a liberdade na eleição dos membros do Parlamento; e a vedação ao Rei de excepcionar a lei diante de casos concretos.¹⁵

Anterior à Revolução Francesa, também é possível indicar como importante passo para a proliferação mundial da decaída do Estado absolutista, a Revolução Americana de 1776, através da independência das suas treze colônias e o começo de uma sistematização de direitos fundamentais, a partir da legitimação popular dos governos.¹⁶ O povo passa a ter prevalência para definição da forma de governo e a liberdade é estabelecida como princípio básico do Estado.

Não obstante isto, a Revolução Francesa destacou-se como um dos momentos notórios de limitação do arbítrio e fundamentação de um novo tipo de Estado. Neste evento histórico, eclode a sistematização do direito administrativo e a estruturação do princípio da legalidade, além de estabelecer outras premissas defendidas pelo Estado liberal tradicional (Estado mínimo, separação de poderes, direito à propriedade, princípio da igualdade etc.). A ideologia baseada na *liberté, égalité et fraternité* era a expressão da luta pela construção de uma nova espécie de Estado.

Estes movimentos históricos, sendo certo que outros tiveram também sua importância para a decaída do absolutismo, expressam com ênfase a ideologia que se insurgiu para construção de um novo modelo de Estado, pautado na busca pela garantia da liberdade, daí a denominação de Estado liberal.¹⁷ É verdade que vários outros momentos históricos contribuíram para a noção de Estado de direito que existe hoje, mas estas revoluções citadas nos parágrafos anteriores merecem destaque pelas ideologias que refletiram e por marcarem o abandono do absolutismo,

¹⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que a revolução gloriosa “pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juizes”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

¹⁶ O seguinte trecho da Declaração de Independência dos Estados Unidos demonstra bem a ideologia da revolução: “que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados”. UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA. **A declaração de independência dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

¹⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1.

baseando-se na filosofia iluminista que acabaria firmando o Estado liberal tradicional.¹⁸

1.2. A crise da filosofia liberal tradicional e a ascensão do Estado social, democrático e regulador.

Os movimentos históricos que resultaram na decaída do absolutismo, a partir das perspectivas filosóficas da época (merecendo destaque a influência dos pensamentos desenvolvidos por Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant, Benjamin Constant, entre outros¹⁹), construíram o modelo político adotado na maioria dos países no momento pós-absolutismo: o modelo de Estado liberal tradicional. Apesar das contradições identificadas por alguns autores entre este modelo e o discurso filosófico que o fundamentava,²⁰ tinha-se em mente a necessidade de limitação do poder exercido arbitrariamente pelo Rei ou Príncipe, através da garantia de liberdade.

Muito embora a referência ao liberalismo traga sempre a ideia de sobrevalorização da lei como instrumento de legitimação das restrições à liberdade, o foco desta ideologia não é a lei em si (premissa específica), mas sim a garantia da liberdade (premissa geral), de onde surgem os direitos que a doutrina constitucional denomina de direitos de primeira geração. A lei surge como instrumento para assegurar os direitos fundados na garantia da liberdade, sendo uma via de inovação na ordem jurídica com potencial também para restringi-la, característica em que se realça a influência das teorias contratualistas.²¹

¹⁸ Canotilho anota que a decaída do Estado absolutista é pressuposto necessário para a insurgência do capitalismo. Afirma que “a economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 254.

¹⁹ Destaca-se aqui ser irrefutável a importância do pensamento de cada autor na construção do pensamento sobre Estado de direito e outros assuntos relacionados. Entretanto, a pretensão deste trabalho não permite, nem é, aprofundar cada um dos pensadores para que não fuja do ponto fundamental do estudo. Sendo assim, as referências são suficientes para esclarecer panoramicamente a relevância dos pensamentos filosóficos construídos à época.

²⁰ Exemplo disto é a posição de Paulo Otero, o qual defende a existência de uma contradição do modelo liberal que pode resultar em duas perspectivas: supremacia do poder legislativo ou supremacia do poder real. Para o referido autor, os instrumentos de participação do monarca na elaboração das leis e a sua possibilidade de excepcionar o regime jurídico diante de certas circunstâncias poderia ensejar um reforço do protagonismo do poder real em detrimento da função legislativa. OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 45-90.

²¹ Ressalta Luis S. Cabral de Moncada que “modificar a ordem jurídica existente consiste, no quadro normativo daquele pensamento, em introduzir inovações na posição jurídica do cidadão,

A nova concepção da lei como instrumento garantidor da liberdade e legítima representante da vontade geral enseja, neste mesmo período, a sua divinização e radicalização. Paulo Otero ressalta que “a lei traduzia, segundo os postulados liberais, um produto da razão, revelação de uma verdade absoluta pelos mais idôneos representantes da sociedade”.²² Desta forma, ela teria por característica a ideia de perfeição, relacionada ao caráter moral do liberalismo, motivo pelo qual os Poderes Executivo e Judiciário ficaram com as funções de dar-lhe execução. Apenas a lei poderia restringir os direitos dos cidadãos.

Pela importância que se dava à lei, confundia-se essa com o próprio direito em si considerado.²³ A garantia da liberdade é o motivo pelo qual se enfatiza a importância da lei frente ao poder exercido pelo monarca, visando conter a arbitrariedade através de uma contenção legitimada pela participação popular. Como afirma Harmut Maurer, a burguesia liberal se impunha contra a intervenção do Estado (tutela e regulamentação), reduzindo a atividade administrativa à prevenção de riscos e garantia da ordem pública, defendendo o princípio do *laissez faire* ou *laissez passer*.²⁴

Para a garantia do ideal de liberdade, a maioria das características do Estado absolutista foi radicalmente modificada: retornou-se à unificação da personalidade jurídica do Estado; o rei ou príncipe passou a ser considerado como órgão dele componente; as funções estatais ficaram repartidas (princípio da separação dos poderes); a legitimidade popular passou a ser essencial aos governos etc. Não obstante, o princípio da legalidade surgiu como o principal meio de concretização do ideal do liberalismo. A função do Estado, aqui, restringia-se a assegurar a liberdade, limitando-se ao máximo intervir no patrimônio jurídico dos cidadãos.

Por outro lado, Diogo de Freitas Amaral destaca que, como a função da lei neste contexto era precipuamente a garantia da liberdade, o caráter de vinculação

nomeadamente todas aquelas que apresentam efeitos restritivos desse mesma posição, posto que as outras não têm dignidade legislativa, constituindo até, como se sabe, domínio próprio do executivo”. Assinala, porém, que, diferentemente do que se pode pensar, as leis editadas não são totalmente ilimitadas, já que devem obedecer a preceitos morais básicos do liberalismo, em especial à garantia genérica da liberdade. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 54-55.

²² OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 153.

²³ Como destaca Jorge Manuel Coutinho de Abreu: “os tempos pós-revolucionários liberais potenciaram uma específica compreensão do direito: este estaria tão-só nas leis, lei e direito identificavam-se”. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 132.

²⁴ MAURER, Hartmut. **Droit administratif allemand**. Paris: L.G.D.J., 1994, Traduzido para o francês por Michel Fromont, p. 23.

negativa se restringiria a atuação da Administração. O Estado poderia atuar seja em execução à lei (*secundum legem*), seja em caso de omissão normativa (*preater legem*), embora esta última se tornasse disfuncional ante o princípio do *laissez passer*, que orienta o liberalismo. Com isso, o princípio da legalidade teria cunho mais flexível, sob a perspectiva funcional do Estado.²⁵

A noção abstencionista que permeia o liberalismo, entretanto, se mostrou insuficiente diante dos processos de industrialização e de ênfase do capitalismo nos séculos XIX e XX.²⁶ A sociedade passa a apresentar novas necessidades que poderiam ser saciadas com uma atividade intervencionista protagonizada pela figura do Estado. Eros Roberto Grau afirma que as imperfeições do liberalismo levaram-no a adotar uma nova função, pois “à idealização da liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs a realidade do poder econômico”.²⁷

Esse processo de remodelação do novo tipo de Estado ganhou algumas denominações, dentre as quais se destacam o Estado Social, o Estado Providência e o Estado do bem-estar social (*Welfare State*). A necessidade de adaptação à complexidade dos problemas sociais e da própria estrutura de governo, geradas pelo constante processo de industrialização e necessidade de proteção estatal, fez com que fosse provocada a alteração das filosofias de governo para que pudesse ser promovido o acompanhamento deste fenômeno.²⁸ O direito, neste mesmo sentido, não poderia se abster de se adequar aos contornos da complexidade das relações sociais, como destaca Themístocles Brandão.²⁹ Essa mudança se caracteriza pela assunção do caráter intervencionista social e econômico forte por parte do Estado, viabilizada através do aparelhamento administrativo e do reforço de suas funções.

²⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. II. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 44.

²⁶ Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 115.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 21.

²⁸ Apontam-se como marcos históricos do reconhecimento desta noção de Estado cunhado no intervencionismo social a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, as quais iniciaram a sistematização constitucional do Estado providência, incitando a adoção desta ideologia nos outros países, tal como ocorreu com o Brasil com a Constituição de 1934.

²⁹ Como argumenta Themístocles Brandão: “Não é possível, assim, abstrair o fenômeno jurídico dos problemas de convivência social, como não se pode abstrair a matemática da mecânica, a biologia da medicina, nem a sociologia do direito, porque vivem em situação de interdependência. Por isso, toda norma legal ou regulamentar é uma expressão do direito, toda relação social tem a sua expressão jurídica e os fenômenos administrativos sendo de relação social, de interdependência dos indivíduos com o Estado, terão sua expressão jurídica indeclinável”. CAVALCANTI. Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, Vol. I, p. 39.

Nesse contexto, Diogo Freitas do Amaral identifica três regimes diferentes para o período do Estado social. Primeiramente, aponta os regimes autoritários evidenciados principalmente no século XX. Em segundo lugar, o Estado social seria compreendido também a partir dos regimes relacionados à ideologia comunista. Em terceiro lugar, estaria colocada a noção de Estado social democrático.³⁰

Os regimes autoritários tinham por ideologia a lei compreendida de maneira dissociada de qualquer conteúdo ético ou moral para implementar a política de governo, não servindo como meio de expressão democrática. O princípio da legalidade perde sua expressão de justiça decorrente do direito natural concebido pelo liberalismo para dar lugar ao mero formalismo, fazendo do direito um instrumento para as ações políticas.³¹ Assim, as ideologias revolucionárias do liberalismo se perdem para dar lugar novamente ao arbítrio dos governos, fundada em uma perspectiva formalista do direito, a qual acaba denotando a insuficiência do modelo, que passa a ser visualizado com suspeição.

A segunda ótica, relacionada à ideologia comunista, se diferenciaria basicamente por dois fatores. Em primeiro lugar, a lei mantém seu realce como instrumento de vinculação da Administração Pública. Em segundo lugar, porém, a direção da política governista seria destinada exclusivamente ao partido comunista para a construção do socialismo. A legalidade não seria extraída a partir da análise da interpretação jurídica, mas sim por meio da “interpretação vivificada e norteada pelo objetivo da construção do socialismo, tal como era entendido e aplicado pelo Partido Comunista”.³²

Por fim, forma-se o modelo de Estado social democrático, adotado na maior parte dos países no momento posterior à segunda guerra mundial. Nesta última vertente compreensiva do socialismo, a diferença entre lei e regulamento reassume sua importância enquanto meio de expressão da vontade popular. A vinculação da Administração Pública à lei não é mais vista apenas de maneira negativa (isto é, restritiva da atuação estatal), mas também de forma positiva, passando a ser pressuposto da atuação do Estado (admite-se apenas a atuação *secundum legem*).

³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2001, Vol. 2, p. 46.

³¹ Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (Org.). Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 19-50, p. 32.

³² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2001, Vol. 2, p. 47.

Segundo destaca Diogo Freitas do Amaral:

[...] a legalidade aparece-nos aqui não apenas como um *limite* da acção administrativa, mas como o verdadeiro *fundamento* da acção administrativa; nestes regimes e nesta fase histórica, a Administração pública só pode agir se e na medida em que a norma jurídica lho permitir. Isto porque o Poder executivo deixa de ser considerado um poder com legitimidade própria, como era no tempo da monarquia, e passa a ser um simples *poder constituído*, cuja autoridade é *derivada* da Constituição e da lei, pelo que se deve subordinar à lei e ao Direito.³³

Nestes modelos associados ao intervencionismo social e à democracia, começa-se a compreender a legalidade a partir de duas características principais. Em primeiro lugar, a vinculação da Administração Pública muda de paradigma, compreendendo agora não só a lei, mas também o direito como um todo. Em segundo lugar, essa vinculação ganha reforço não mais de carácter restritivo (vínculo negativo), mas também positivo, no sentido de se configurar como pressuposto da atuação estatal.

Como se pode observar, ao lado destas duas perspectivas (liberal e social), transita um regime de governo que tem por objeto a participação popular nos processos políticos decisórios estatais: o Estado democrático. É preciso salientar que este modelo não refuta a existência do liberalismo ou socialismo, mas transita paralelamente, de maneira que se fala em Estado liberal democrático e em Estado social democrático, associando as noções.

A essência conceitual da democracia é algo de profundo debate que não pode ser abordado em sua completude, em virtude das limitações epistemológicas deste trabalho. No entanto, salienta-se apenas a necessidade de ter em mente que a essência da ideologia democrática tem por conteúdo a participação popular de maneira direta ou indireta (representação) nos processos políticos decisórios do Estado, tendo a lei como um dos seus estandartes principais por se configurar como instrumento de expressão da manifestação popular.

A forma de expressão da democracia, por outro lado, não poderia ser fixada a partir de características fixas e imutáveis, mas, pelo contrário, seria variável conforme cada país, com alguns limites estabelecidos pela sua filosofia básica (sufrágio universal, eleições livres, igualdade no exercício de direitos políticos etc.). Dentro

³³ AMARAL, Diogo Freitas do. **Op. cit.**, p. 48.

destes paradigmas limitativos, o regime democrático poderia variar, dando-se, inclusive, uma visão mais rígida ou flexível da supremacia da lei como meio de expressão da vontade popular, no que se podem observar os dois pontos de vistas desenvolvidos pelo Estado liberal democrático e o Estado social democrático.

Identificar o modelo de Estado vivenciado hoje, a partir destas noções e características, é uma situação não tão fácil. Trata-se de uma fase de transição, em que há necessidade, como destaca Maria Sylvia Di Pietro, de se repensar e reformar as bases do Estado moderno.³⁴ Um dos enfoques desse contexto está na regulação para surgimento do modelo de Estado regulador.

De toda esta experiência histórica e de modelos em modelos estatais, busca-se uma intermediação satisfatória para atender aos problemas da complexidade das relações sociais, sem abandonar o caráter democrático dos governos e tentando retomar a importância da atividade legislativa. O Estado começa a diminuir a intervenção direta sobre a sociedade e a economia para tomar uma função de regulador dos setores que exigem o acompanhamento estatal.³⁵

Marcos Nóbrega acentua que a ascensão do Estado regulador é uma mudança de paradigma para o Estado, pois ele “abandona a missão de produtor de bens e serviços e passa a ser regulador do processo de mercado”. O autor destaca, no entanto, que essa transição tem suas dificuldades, dada a sua complexidade, com problemas como “a assimetria de informações, necessidade de instrumentos de controle eficientes e a participação da sociedade civil na implantação do novo modelo”.³⁶

Ainda sem seus delineamentos claramente traçados, o Estado-regulador na sua recente concepção retoma a colocação do Poder Público como protagonista normativo (já que a regulamentação é um de seus instrumentos), mas sem refutar a

³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (Org.). Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 19-50, p. 35.

³⁵ Como destaca Sérgio Guerra: “A humanidade experimentou os modelos liberal e intervencionista, sem, contudo, lograr êxito na proteção da dignidade humana. Não há, sob qualquer ângulo, como se contrapor ao fato de que o Estado Intervencionista brasileiro, nos moldes republicanos até a promulgação e a alteração da Constituição Federal de 1988, faliu. Por isso se optou pelo crescimento do país sob os freios e contrapesos do neoliberalismo, inerentes aos postulados da livre iniciativa e à valorização do trabalho humano. [...] Por isso o pluralismo pós-moderno e ambivalente exige uma modelagem de intervenção reguladora, que deve ponderar interesses e, desse modo, representar o equilíbrio dos diversos subsistemas, e entre esses e os sistemas econômico e social”. GUERRA, Sérgio. Direito administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 243, p.168-207, set./dez., 2006, p. 202.

³⁶ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 32.

importância do processo político democrático, legitimador da construção das normas jurídicas e, principalmente, da lei. O Poder Executivo assume seu papel de interventor econômico e social.

Apesar desta nova perspectiva da função estatal, algumas dificuldades se apresentam para sua adaptação, principalmente no que atine aos entraves jurídicos para viabilizá-lo. Tendo em vista se tratar de uma visão recente e em muitos países concebida após a promulgação das Constituições, as omissões no texto normativo podem ser a justificativa para a renovação de discussões sobre institutos do direito e de como adaptá-los a esta nova figura sem necessariamente passar por um novo processo de modificação normativa constitucional.

Em todos estes modelos estatais desenvolvidos nos parágrafos anteriores ainda se encontra também relacionada à noção de Estado de direito. Expressam-se, em suas variáveis, as denominações de Estado de direito liberal, Estado social de direito e Estado democrático de direito. Ainda não se identifica nos textos constitucionais, pela sua recente compreensão, a ideia do Estado de direito aplicado associadamente à intervenção regulatória, não prejudicando, por outro lado, a construção acadêmica nesse sentido. O desenvolvimento da concepção de Estado de direito nesta evolução da função estatal é premissa para poder entender as mudanças que têm ocorrido na contemporaneidade sobre as fontes do direito e, especificamente, em relação à competência regulamentar.

1.3. Estado legal e Estado de direito: algumas reflexões

Antes de adentrar na discussão, é necessário esclarecer que a noção de Estado de direito³⁷ não é fixada através de um modelo pré-estabelecido. A ideia desta espécie é construída ao longo dos anos como destaca Gordillo:

O conceito de Estado de Direito, por certo, não é unívoco e sofreu uma evolução que o foi aperfeiçoando: numa primeira fase pode-se dizer que o fundamento era um respeito à lei por parte do Poder Executivo: este era o então vigente princípio da legalidade dos particulares. Logo os limites que o Estado de Direito impõe são estendidos à própria lei:

³⁷ Conforme aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a expressão “Estado de direito” adveio da Alemanha, cunhada sob a denominação *Rechtsstaat*. Ela teria aparecido como tipo de governo, em contraposição ao despotismo e à teocracia, em livro publicado por Welcker em 1813. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 5.

se diz então, como já vimos, que também a lei deve respeitar princípios superiores [...]³⁸

É nessa diferenciação que surge a necessidade de compreender as noções de Estado como legal (Estado de direito formal) e Estado de direito (Estado de direito material), pelo menos como ideias contrapostas, a fim de se chegar próximo à concepção atual.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a noção de Estado de direito tradicional é construída historicamente a partir da limitação do poder estatal pelos movimentos e revoluções dos séculos XVII e XVIII, com o abandono do modelo de Estado absolutista e com a insurgência da ideologia liberal. Explica o referido autor que a noção desta espécie de Estado considera que o direito não é uma construção do homem, sendo apenas declarado por este (ideia de pré-existência). Nesse sentido, a sua base “na doutrina clássica, repousa sobre uma concepção substancial do Direito”.³⁹

O Estado de direito só existiria se a ordem jurídica observasse um mínimo de princípios essenciais, que assegurariam a liberdade individual. Estas garantias seriam advindas de um direito natural, acima da atividade política desenvolvida pelo homem e baseados na razoabilidade da essência humana. Através destes princípios, buscar-se-ia a limitação do arbítrio pelos governantes e a estruturação de um Estado respeitador da liberdade.

A lei teria a função de garantir a liberdade individual e restringir a atuação do Estado, estabelecendo uma vinculação negativa relativa à Administração Pública. Porém, esta regulação teria que se pautar em um conteúdo de justiça, buscado através da generalidade, abstração e igualdade perante a lei. Apesar de reforçar que o princípio da legalidade tem por fundamento que “o homem está obrigado a fazer tão somente o que a lei lhe determina” e que se “põe como regra a liberdade, como exceção a restrição”, seria possibilitada a edição de regulamentos *preater legem* sem que houvesse violação ao mencionado princípio, uma vez que estariam pautados no poder de polícia atribuído constitucionalmente ao Estado.⁴⁰

³⁸ GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 68.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13-15.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Op. cit.**, p. 23-24.

José Afonso da Silva, em sentido semelhante, assinala também que o Estado de direito é um conceito tipicamente liberal, uma conquista da era do liberalismo tradicional por assim dizer, que repousa “na concepção do Direito natural, imutável e universal”.⁴¹ Esta conquista seria representada em três características básicas do Estado de direito: a submissão ao império da lei; a divisão de poderes independente e harmônica e o enunciado e a garantia de direitos fundamentais. Assim, “a concepção liberal do Estado de Direito serviria de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres [...]”.⁴²

Afirma-se, entretanto, que essa noção de Estado de direito vai sendo deformada conforme a ideia que se tem do próprio conceito de direito. É por esta razão que poderia haver tantos Estados de direito quantas fossem as noções de direito. Assim, seria esta variação conceitual que resultaria nos Estados totalitaristas, desvinculada de um conteúdo ético ou moral, bastando a sua observância formal ao direito positivo.⁴³

Nesse sentido, apresenta-se a noção de Estado legal. Na visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a sua essência seria formada pelo pensamento do direito como resultado da criação humana, a partir de um processo político decisório ilimitado. Através da utilização da lei, seriam ditadas as condutas dos indivíduos e estabelecida à atuação dos órgãos públicos, considerada, entretanto, “como um instrumento para a realização de objetivos politicamente definidos”.⁴⁴ A sua função não seria decorrente de um direito natural, mas sim decidido exclusivamente pelo processo construtivo humano e formal.

O autor relaciona a insurgência do Estado legal com o modelo socialista autoritário de direita, já citado no tópico anterior. A lei, nesse sentido, seria mero instrumento para concretização destas políticas estabelecidas, que poderia ser emanada a partir da exclusiva atuação do governante através de atos normativos unilaterais com a mesma força, motivo pelo qual não haveria relevância em estabelecer distinções entre lei e regulamento. Dessa forma, a legalidade estaria

⁴¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 117.

⁴² SILVA, José Afonso. **Op. cit.**, p. 112-114.

⁴³ SILVA, José Afonso. **Op. cit.**, p. 113-114.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 39.

muito mais relacionada à política do que à justiça, dissociando-se dos ideais revolucionários do período oitocentista.⁴⁵

Diferenciando as espécies de Estado de direito e Estado legal, Dalmo de Abreu Dallari destaca a dissociação ética, política e social deste último modelo:

Em síntese, há uma visão puramente formalista do Direito, que não liga a expressão “Estado de Direito” a um conteúdo ético, político e social, não tendo qualquer preocupação com a legitimidade do Direito, podendo-se dizer que, nessa perspectiva, não é pelo Direito que o Estado se legitima. O grande risco dessa posição, como a História tem demonstrado, é a aceitação ou a promoção de qualquer Direito, desde que este signifique o conjunto de formalidades por meio das quais o Estado desenvolve suas atividades, não importando se para promover a dignidade humana ou para praticar injustiças e garantir privilégios.⁴⁶

Partindo destas considerações e analisando os modelos estatais na contemporaneidade, percebe-se que as características do Estado social totalitarista são vistas com suspeição, tendo em vista a experiência negativa histórica. Os países vêm se autodeclarando Estado de direito, sem indicar expressamente o sentido atribuído a ele.⁴⁷ No entanto, a noção de Estado de direito atual não se identifica por completo com o modelo original do liberalismo.

Apesar do distanciamento de tempo entre o direito atual e os movimentos revolucionários do século XVIII, além da mutação no papel desenvolvido pelo Estado, a maioria das constituições atuais contém estruturas organizacionais que refletem ainda características da filosofia liberal tradicional, do ponto de vista da separação de poderes, e da filosofia social democrática, no que atine à rigidez do princípio da legalidade.⁴⁸ É comum a fixação de normas tendentes à separação das funções exercidas pelos três poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judicial) e, conseqüentemente, também se verifica a tentativa de valorização do princípio da

⁴⁵ Segundo o autor o princípio da legalidade “se relativiza. Por traduzir um rumo político, não um absoluto de justiça, serve antes de parâmetro do que de regra. Em consequência, tende a ser interpretativa e aplicada de modo flexível, levando-se em conta as circunstâncias do momento”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Op. cit.**, p. 39-49.

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 197.

⁴⁷ Nesse sentido é o que consta expresso nos preâmbulos da Constituição brasileira de 1988, Constituição portuguesa de 1976 e Constituição espanhola de 1978.

⁴⁸ Cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 137.

legalidade, como produto da vontade geral e vinculador absoluto da atividade desenvolvida pela Administração Pública.

Contudo, essa formatação constitucional traz à tona problemas relacionados à compatibilidade com as relações sociais e suas complexidades. O intervencionismo do Estado iniciado no século XX e intensificado no século XXI, bem como a desmistificação da perfeição da lei em uma cultura eminentemente capitalista, gera uma discussão quanto ao distanciamento entre os postulados constitucionais e a realidade.

Paulo Otero aponta três principais justificativas para a crise dos modelos constitucionais contemporâneos, quais sejam: a intervenção dos partidos políticos, a neocorporativização da decisão política e a transformação das competências estruturais tradicionais. É o que ele denomina de arcaísmo e nominalismo constitucionais.⁴⁹ Nesse sentido, estes três elementos ensejariam uma transmutação dos modelos idealizados historicamente para dar lugar a um momento de transação.

Quanto à intervenção dos partidos políticos, explica o autor que eles ocupam um espaço central da política, com influências diretas nas funções exercidas pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa intensa atuação partidária paralela ao modelo liberal idealizado no período do iluminismo desvirtua a ideia de separação de poderes tradicional. Neste cenário, os partidos passam a ter uma participação direta nos processos decisórios do Estado, impedindo a concretização da ideia de pureza da atividade legislativa idealizada pelos filósofos da época das luzes. Chega a defender, inclusive, que é possível observar uma “progressiva identificação entre o Estado e os partidos políticos”.⁵⁰ A importância da participação partidária nos processos decisórios estatais é cada vez mais evidente.⁵¹

Como segundo elemento da crise, o autor trabalha a ideia de neocorporativização da decisão política, partindo da premissa de prevalência do consenso entre o Estado e os grupos de interesse nos processos decisórios. A

⁴⁹ OTERO, Paulo. **Op. cit.**, p. 137-146.

⁵⁰ OTERO, Paulo. **Op. cit.**, p. 138-139.

⁵¹ Tal fato é possível de ser verificado com facilidade na Constituição brasileira de 1988. Os partidos políticos têm especial regime jurídico assegurado constitucionalmente, participando das principais decisões que envolvem o Estado e sua estrutura orgânica. Além das garantias estabelecidas no Capítulo V, dentro do Título II sobre direitos e garantias fundamentais, a interação partidária se vê, por exemplo, na participação dos líderes da maioria e minoria do Conselho da República, bem como na escolha de dois cidadãos pela Câmara e pelo Senado (art. 89, IV, V e VII); na participação do Senado Federal para sabatar membros de cargos elevados do Judiciário e do Executivo (arts. 52, III); na submissão do processo contra o Presidente, Vice-Presidente e Ministros de Estado, à autorização da Câmara dos Deputados (art. 51, I); entre outros.

posição defendida é de que a democratização destes processos, associada à intensificação da intervenção estatal, fez com que o Estado passasse a considerar cada vez mais os interesses dos protagonistas envolvidos para definir o conteúdo das decisões estatais. A conformação do regime constitucional e as normas estatais editadas resultariam muito mais de um processo consensual do que de uma atuação efetivamente legítima, tal como propugnava a ideologia do liberalismo.⁵²

Por fim, o autor se refere à alteração das competências estruturais do Estado no modelo tradicional. A razão disto seria que o Poder Legislativo não teria uma função impeditiva à atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. Muito pelo contrário, os processos decisórios do parlamento estariam, na verdade, controlados pela intervenção dos partidos políticos e das coligações majoritárias. Assim, não teria mais o legislativo a função de obstaculizar as políticas desenvolvidas pelo executivo a partir de uma atuação legitimada democraticamente, mas sim faria parte de um controle político paralelo.⁵³

Por estes motivos, a noção de Estado de direito vem sendo alterada para se adequar à própria concepção da palavra direito, abrangendo a sua pluralidade de fontes normativas. Passa-se a dar foco para outras fontes normativas, que chegam, inclusive, a ser mais importantes do que a lei, como, por exemplo, a Constituição e os direitos comunitários. A força normativa da Constituição e a pluralidade de fontes normativas de atuação do Poder Público aparecem neste cenário com um novo foco e com importância reforçada, dando ensejo à criação fundamental do que se passa a denominar de princípio da juridicidade, em substituição à noção de legalidade tradicional.

Por outro lado, esta nova fase na compreensão do Estado de direito vai refletir sobre a estrutura jurídica de alguns institutos tradicionais, nascidos no período liberal. É nesse sentido que alguns temas vêm sofrendo profundos debates, do que se pode citar como exemplo: a supremacia do interesse público; limites do poder discricionário; instrumentos de consenso nas relações contratuais administrativas; conflitos entre o poder de polícia e os direitos fundamentais; aplicabilidade do princípio da eficiência;

⁵² OTERO, Paulo. **Op. cit.**, p. 139-143.

⁵³ OTERO, Paulo. **Op. cit.**, p. 144-146.

e, inclusive, os limites do princípio da legalidade sobre a competência regulamentar estatal.⁵⁴

1.4. A vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade: uma nova visão do Estado de direito contemporâneo

A ideia de vinculação da Administração Pública ao direito como um todo e não mais simplesmente à lei em sentido estrito vem sendo sistematizada paulatinamente. Este processo funda-se na concepção contemporânea de Estado de direito construída pelas experiências históricas, não mais se baseando em uma legalidade intangível, mas sim no reforço da pluralidade de fontes normativas de atuação do Poder Público, movimento este que se traduz na insurgência do princípio da juridicidade. A vinculação da Administração Pública à lei e a função do regulamento, neste contexto, são assuntos retomados recentemente para estabelecer os limites deste vínculo.

O princípio da juridicidade, apesar de ser construído sob esta nomenclatura e ganhar relevo nas discussões contemporâneas, advém da noção de “bloco de legalidade” defendida pelo tão citado jurista francês Maurice Hauriou, que formulou sua teoria em data não tão recente como se poderia pensar. Este autor, escrevendo ainda na terceira república sob a égide da Lei Constitucional francesa de 1875,⁵⁵ defendia que a legalidade administrativa deveria ser compreendida em sentido amplo, para abranger um bloco de normas variáveis, nas quais se incluiria o regulamento.⁵⁶

A disseminação desta ideia, no entanto, não ocorreu na mesma época, sendo rejeitada principalmente em países com tradição legalista rígida. Porém, na atualidade, a concorrência normativa e a pluralidade de fontes do direito vêm se tornando cada vez mais aceito. Neste contexto, o princípio da juridicidade surge com

⁵⁴ Sundfeld afirma que essas reformas jurídicas que vêm ocorrendo em diversos setores do direito decorrem também de uma adaptação à complexidade das relações sociais, econômicas e políticas. Expressa que “ao conceber e aplicar suas normas – aqui está o ponto -, o Estado passa a fazê-lo em função das *necessidades mundiais* de organização da vida econômica, social e política; mais ainda, essas imposições tornam-se determinantes da própria dimensão do Estado, da profundidade de suas intervenções, do limite de seus poderes”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 187.

⁵⁵ Sob este regime constitucional, como todos os regimes antecedentes à Constituição de 1958 (apesar de suas variantes), ainda prevalecia a noção de supremacia do parlamento, por meio da qual se considerava a lei como espécie normativa superior às demais, com potencial para tratar de qualquer assunto pretendido. Este quadro só se modifica com o advento da Constituição de 1958, que separa o âmbito de competência legal e regulamentar, tema este que será tratado em tópico posterior.

⁵⁶ HAURIU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 1933, p. 575.

roupagem nova, mas com fundamentos que já tinham seu lugar em discussões anteriores.

Como defendem Laubadère, Venezia e Gaudemet, o debate sobre a vinculação do Estado ao direito e os limites da competência regulamentar tem por base dois interesses principais em jogo. De um lado, há a necessidade de se ter garantias aos administrados, enquanto que, do outro, o poder administrativo precisa de certa liberdade de atuação para desenvolver sua função.⁵⁷

O problema da vinculação da Administração Pública ao direito e da ampliação qualitativa e quantitativa do exercício da competência regulamentar pelo Estado é uma realidade de longa data. Nesse sentido, Ramón Parada afirma que, mesmo na vigência da Constituição francesa de 1791 e da Constituição espanhola de 1812, as quais previam exclusivamente a possibilidade da edição de regulamentos executivos pelo Poder Executivo, esta limitação não foi respeitada, de maneira que se passou a produzir “*un espectacular desarrollo de las normas reglamentarias del Gobierno*”.⁵⁸

Na sociedade atual, o problema se reforça. A intensificação da complexidade das relações sociais aumenta a cada década e o Poder Público não poderia se furtar de acompanhar este desenvolvimento. Explicam Eduardo García de Enterría e Tomaz-ramon Fernandez que:

Não há, com efeito, nenhuma possibilidade de governar uma sociedade como a atual, cujas inter-relações são cada vez mais complexas e sutis, sem uma Administração que assegure a manutenção de suas hipóteses básicas comuns e que disponha para isso de uma extensa gama de poderes, um dos quais há de ser, sem dúvida, segundo a experiência universal, tão longe já das razões circunstanciais do “princípio monárquico” em que começou justificando-se, a potestade regulamentária.⁵⁹

Esta rediscussão que vem sendo incitada sobre a vinculação do Estado à legalidade passa, assim, pelo novo debate sobre a noção de Estado de direito que se pretenda adotar. Eros Roberto Grau afirma que “do Estado de Direito material, é que

⁵⁷ LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Droit administratif**. 17. ed. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 83.

⁵⁸ PARADA, Ramón. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 54.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 201.

se pode – e deve - operar a desmistificação do princípio da legalidade”.⁶⁰ Esta desmistificação é também associada a uma crise da noção de supremacia da lei para dar lugar a outras fontes do direito.

Gustavo Binenbojm elenca cinco razões que entende básicas para a crise do princípio da legalidade. Segundo o autor, ela decorre de que hoje “não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada”. A legalidade passa pelo descrédito na sua ótica estrutural (legitimidade) e funcional (insuficiência).⁶¹

Para o referido autor, a primeira razão da crise é a proliferação ou inflação legislativa. A intensificação e o aumento da complexidade da função estatal fez com que a quantidade de leis fosse progressivamente aumentando. Além disso, a necessidade de atender aos interesses também enseja o aumento quantitativo de leis, na ótica da neocorporativização da decisão política defendida por Paulo Otero.⁶²

O segundo motivo do desprestígio da lei seria a “constatação histórica de que esta pode, muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie”.⁶³ As experiências negativas históricas fizeram com que houvesse certo temor à utilização da lei tal como nos regimes totalitaristas, desvinculados de qualquer conteúdo respeitador de direitos fundamentais.

A terceira razão é a perda da importância da lei, decorrente da sua descaracterização como instrumento perfeito e considerado como legítimo representante pela vontade geral. Gustavo Binenbojm aponta a constitucionalização do direito, no momento pós-guerra, como “o grande vitorioso diante do colapso do legalismo”.⁶⁴ A Constituição passaria a ser o foco das atenções, desmistificando-se o pensamento de perfeição da lei.

O quarto motivo apontado pelo autor é a expansão quantitativa de atos normativos infraconstitucionais editados pela Administração Pública. Já foi afirmado em parágrafos anteriores que a função do Estado como ente regulador social e

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 177.

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 145-204, p. 145.

⁶² OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 139-143.

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 145-204, p. 148.

⁶⁴ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Op. cit.**, p. 149.

econômico intensificou a atuação normativa do Poder Público, muitas vezes independentemente dos entraves constitucionais à competência regulamentar.⁶⁵

O quinto e último motivo afirmado pelo autor é a intensificação também da interferência do Poder Executivo na produção legislativa, seja através dos meios permitidos constitucionalmente (iniciativa dos projetos, solicitações de urgência com trancamento de pauta, poder de veto etc.), seja através de processos ocultos no ordenamento jurídico (por meio de um processo político de influência decisória). Todos estes elementos fazem com que a atividade do Poder Legislativo perca a sua legitimidade, distanciando-se cada vez mais dos fundamentos revolucionários do período iluminista.⁶⁶

Porém, esta desmistificação da legalidade estrita deve ser feita considerando também a noção de Estado de direito material distinguida da sua concepção original do liberalismo (vinculado ao direito natural) e do período social (vinculado ao direito meramente formal). Passa, assim, por uma releitura das imperfeições destas ideologias, através de adaptações de suas premissas. O princípio da legalidade na noção do Estado de direito que se pautava na divinização da lei e na supremacia do parlamento ou em sua desvalorização absoluta, mostra-se praticamente inviável na função intervencionista estatal assumida pela Administração Pública na contemporaneidade.

Eros Roberto Grau, já citado anteriormente, afirma que a legalidade baseada na ideia de rigidez da separação de poderes se modifica nas últimas décadas para dar abertura a uma nova compreensão, pautada na relatividade. A desmistificação da legalidade ocorreria a partir da ideia de que esta seria atendida “ainda quando a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo”. O parâmetro de vinculação da Administração deixaria de ser a lei em sentido estrito, para ser o direito como um todo, compreendendo as demais fontes normativas.⁶⁷

Explica o referido autor que:

Um novo sentido é atribuído ao princípio com a admissão de que a Administração, tanto quanto os particulares, está limitada pelas normas jurídicas que produzir (*legem patere quam fecisti*).

⁶⁵ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Op. cit.**, p. 151.

⁶⁶ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Op. cit.**, p. 153.

⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 178-179.

Assim, ela está sujeita não à *lei* (expressão de ato legislativo), mas à *norma que fez*, no exercício de *função normativa*. Daí a vinculação da Administração não à *lei*, mas às *normas jurídicas*, inclusive às que ela mesma tiver ditado, *em decorrência de lei*.⁶⁸

A descaracterização da lei como fundamento exclusivo de vinculação da Administração Pública não revela, todavia, a descaracterização da noção de Estado de direito. A vinculação não deixa de existir para dar lugar ao arbítrio. Pelo contrário, o Poder Público mantém sua vinculação, desta feita não mais a um tipo específico de expressão do poder normativo (lei em sentido estrito), mas sim ao direito como um todo, compreendendo todas as demais fontes do direito, que podem ter *status* diferente. A lei não perde sua característica de superioridade, acima das normas regulamentares, mas remanesce abaixo da Constituição.⁶⁹

A pluralidade de fontes normativas, além de já ser uma realidade, toma ênfase com a intervenção social e econômica do Estado. Trata-se, nas palavras de Paulo Otero, de uma realidade inafastável:

Há hoje uma “proliferação de centros do poder e de produção de normas” que, impregnando o sistema jurídico de uma considerável complexidade, gera um concurso de fontes.

Longe vai o tempo em que a decisão normativa se encontrava concentrada num único órgão: o princípio da separação de poderes, primeiro, a assunção de poderes legislativos pelo executivo, depois, e os princípios de descentralização normativa e da subsidiariedade, por último, produziram uma verdadeira pulverização do exercício da competência normativa.

A pluralidade concorrente de fontes internas da legalidade é uma fatalidade inultrapassável de uma sociedade neofeudalizada: a existência de várias normas provenientes de diversas estruturas decisórias a regular uma mesma matéria torna-se hoje, especialmente em certos sectores, uma realidade dramática.⁷⁰

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **Op. cit.**, p. 179.

⁶⁹ É de se observar que, como informa Alexandre Santos de Aragão, o objetivo perseguido pelo liberalismo tradicional de império da lei como fonte normativa não chegou a ser atingido. “Logo foi verificada a incompletude das leis, o que exigiu, tanto no Direito privado, como no público, uma progressiva construção jurisprudencial, criadora até mesmo de novos institutos jurídicos [...] No que diz respeito exclusivamente ao desenvolvimento das atividades administrativas, também não demorou para ser constatada a impossibilidade da lei estabelecer prévia e exaustivamente todos os atos que o administrador deveria, de forma automática, praticar para proteger o interesse público”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado**: Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 53, p.37-57, mar. 2000, p. 44.

⁷⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 441.

O princípio da juridicidade revela, portanto, uma releitura da legalidade administrativa. O parâmetro de vinculação se modifica da lei para o direito como um todo, admitindo-se a ampliação das fontes normativas do Estado, as quais passariam a compor um bloco de legalidade ou, como prefere Jean Rivero, uma pirâmide concorrencial de fontes normativas.⁷¹ Este fenômeno gera debates quanto aos seus efeitos na teoria da competência regulamentar, principalmente no que concerne ao seu potencial criador de direitos e obrigações.

Precisa-se, nesse sentido, discutir problemas como: a lei é instrumento de limitação ou pressuposto da atuação estatal? Qual a densidade normativa mínima para legitimar a edição de normas regulamentares pelo Poder Público? É possível o exercício da competência regulamentar ante a omissão da lei? Pode a Administração Pública atuar com fundamento exclusivo na Constituição ou em normas do Direito Comunitário? Como basear-se exclusivamente em princípios para editar regulamentos? As soluções para estes problemas não encontram-se providas claramente, fomentando cada vez mais o aprofundamento acerca do tema.

1.5. A construção de categorias e a retomada da discussão sobre competência regulamentar

Viu-se que a legalidade passa por um processo de rediscussão na atualidade e, pode-se também dizer, de adaptação, gerando a sua substituição pela ideia de juridicidade. A problemática, porém, de acordo com o que foi desenvolvido na contextualização histórica do assunto, não é nova. O debate acerca da amplitude da competência regulamentar do Estado, nesse sentido, não é uma invenção atual, mas ganha importância diante das categorias que vêm sendo construídas para viabilizar uma atividade mais larga e compatível com a função intervencionista que assume o Poder Público.

O aumento da atividade regulamentar e a inexistência de um delineamento constitucional adaptado a esta realidade faz também revitalizar cada vez mais a discussão sobre o tema. Visto que o Estado de direito contemporâneo admite uma revisitação da questão relativa às fontes normativas de atuação da Administração Pública, a função dos regulamentos, nesse contexto, assume importância.

⁷¹ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Traduzido por Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra, Portugal: Almedina, 1981, p. 90.

Novas categorias são criadas para tratar de um problema relativamente antigo. A competência regulamentar possui raízes na decaída do Estado absolutista e, com os acontecimentos históricos do período iluminista, as noções básicas entre lei e regulamento foram sistematizadas através de ditames da filosofia liberal, tais como a separação de poderes, a supremacia do parlamento, a reserva de lei etc. Os Estados se autodeclaram Estados de direito, mas as estruturas constitucionais ainda mantêm uma sistemática caracterizada pelo modelo liberal. Por outro lado, o desenvolvimento da nova noção de Estado de direito faz com que sejam criadas categorias novas para solucionar estes problemas e viabilizar a atividade normativa da Administração Pública, o que torna o tema complexo.

As referidas categorias são construídas ao longo do processo evolutivo e destinadas a contrapor as noções antigas ainda arraigadas para adequá-las aos problemas atuais. Fala-se, com isso, em separação de funções, substituindo a perspectiva de separação absoluta de poderes; primazia de lei, para destacar da reserva legal; regulamentos organizacionais, contrapondo-os aos regulamentos jurídicos; delegação legislativa para fugir da legalidade rígida adotada nos modelos constitucionais; e a própria classificação disseminada que divide os regulamentos em executivos, autorizados, autônomos e de necessidade.

Por outro lado, é no sentido da vinculação da atividade regulamentar do Estado à lei que parte a construção do debate e, conseqüentemente, das categorias criadas neste processo evolutivo. Divide-se tal vinculação a partir de duas perspectivas: uma positiva e outra negativa. Na primeira, fundamentada na supremacia do Parlamento, a Administração Pública teria as suas funções limitadas ao que determina a lei em sentido estrito, ou melhor, somente poderia agir com expressa previsão desta (*secundum legem*).⁷² A segunda, por outro lado, faria com que a lei não perdesse o seu caráter vinculatório e sua importância na hierarquia normativa, mas teria uma função de simples restrição de acordo com a matéria por ela tratada, de maneira que a Administração Pública poderia agir quando houvesse omissão ou lacuna, inclusive,

⁷² Na doutrina brasileira, tem-se como defensor da vinculação positiva Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual refuta qualquer possibilidade de exercício do poder normativo através de regulamentos que não tenha por finalidade única e exclusiva a execução dos preceitos legais. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 333-364.

com a edição de atos regulamentares dentro deste campo de liberdade (*preater legem*).⁷³

A construção das categorias é incentivada também pelos entraves jurídicos dos Estados que possuem um regime jurídico legalista rígido e, nesse sentido, matem uma perspectiva positiva de vinculação da Administração Pública à lei, impregnada da ideologia de supremacia do parlamento. Isto faz gerar o aprofundamento do debate para adequar o direito à realidade vivenciada pelo exercício amplo da competência regulamentar, através da construção de parâmetros que permitam fugir da noção legalista rígida, dando lugar ao princípio da juridicidade, surgido a partir do Estado de direito contemporâneo.

Nesse sentido, vários seriam os exemplos que poderiam ser analisados sob esta perspectiva. A Constituição dos EUA, ao não prever expressamente o exercício da competência regulamentar pelo Estado para a criação de direitos e obrigações, leva à criação de uma teoria jurisprudencial e doutrinária sobre a possibilidade de delegação de poderes pelo legislativo em benefício do executivo ou de entidades independentes (*delegated doctrine*), desde que estabelecidos *standards* como limitações ao exercício deste poder regulamentar.⁷⁴ A incompatibilidade entre a realidade norte-americana e o sistema constitucional leva à criação de uma solução adequada à função assumida pelo Estado regulador.

Na Espanha, o disposto nos artigos 53 e 149 da Constituição de 1978, associado também à omissão normativa quanto à competência regulamentar, faz com que se teorize a classificação dos regulamentos como forma de viabilizar juridicamente o poder normativo exercido pelo Estado. Quanto aos efeitos, trouxe a técnica de classificação dos regulamentos em jurídicos (normativos) e administrativos (de organização), permitindo um maior campo de atuação aos segundos, sem eliminar, contudo, a possibilidade de existência dos primeiros. Viabiliza-se a atuação regulamentar do Estado através de uma diferenciação que, inclusive, chega a admitir o exercício do poder normativo nas duas espécies de regulamento, através da

⁷³ Eros Roberto Grau defende que a nova concepção de Estado de direito deixa entrever que, a partir do seu desenvolvimento histórico conceitual, a sua finalidade mais se adéqua à ideia de vinculação negativa à lei, sem retirar o mérito de importância histórica desta e ainda da sua funcionalidade atual. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 179.

⁷⁴ Cf. MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 634.

teorização construída pela legislação infraconstitucional, pela jurisprudência e pela doutrina, independentemente da ausência expressa de previsão constitucional.⁷⁵

Na Alemanha, adotou-se a figura da lei-medida, assim denominada pela doutrina, mas que consta expressamente do art. 80, 1, da Lei Fundamental de 1949. Ao invés de se estabelecer uma competência autônoma e expressa para o poder normativo da Administração Pública, foi fixada a possibilidade de delegação legislativa com “conteúdo, objetivo e extensão da autorização outorgada”, em muito assemelhada com o modelo norte-americano.⁷⁶

Na França, diferentemente dos demais países, adota-se um regime regulamentar peculiar que já contempla o campo específico da competência para tratamento de matérias via regulamentos. O artigo 34 da Constituição francesa de 1958 fixa as matérias a serem tratadas pelas leis, enquanto o artigo 37 abre espaço livre para o regulamento abordar as demais matérias. Uma estruturação que não pode ser definida em um simples parágrafo, mas que traz elementos da necessária adequação jurídica entre a insuficiência da teoria legalista rígida e a realidade da complexidade das relações sociais.⁷⁷ Estabelece-se uma distinção entre reserva de lei e reserva de administração, institucionalizada constitucionalmente.

No Brasil, de maneira semelhante, a discussão se realça em virtude das disposições contidas no artigo 5º, II, e no artigo 84, IV e VI, da Constituição de 1988. O primeiro prevê a possibilidade de criação de direitos e obrigações apenas em virtude de lei, enquanto o último possibilita a edição de regulamentos executivos e regulamentos que vêm sendo considerados autônomos em situações muito específicas. Em que pesem estes óbices à atividade regulamentar criadora de direitos e obrigações, a doutrina brasileira ainda não se desenvolveu de maneira sistemática para criar uma teoria solucionadora dos entraves jurídicos à ampliação do exercício da competência regulamentar, incitando uma crescente produção bibliográfica sobre o tema.

⁷⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 225-228.

⁷⁶ Essa limitação da delegação legislativa na Constituição Alemã, segundo Luís S. Cabral de Moncada, seria uma evolução da Constituição de Weimar de 1919, pois nesta seria possível a delegação ilimitada, enquanto que na nova Lei Fundamental, seria necessária a adoção do modelo de lei-medida, contendo uma densidade normativa mínima da lei autorizadora. MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 297.

⁷⁷ Cf. MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Op. cit.**, p. 654-664.

Da mesma maneira, poderiam ser citados vários outros países que vêm passando por este processo evolutivo em matéria regulamentar, em consequência da modificação ocasionada na concepção de Estado de direito e de legalidade. A construção de categorias para adequar a nova função estatal é uma decorrência da justificativa formal da atividade regulamentar, pois, em que pesem as dificuldades encontradas pela omissão normativa e até por proibições do exercício autônomo deste poder, a criação de direitos e obrigações através de regulamentos é uma realidade que precisa ser discutida nos meios acadêmicos do direito. Com isso, pode-se dizer que o debate se apresenta aberto para o aprofundamento teórico e desenvolvimento de estudos que considerem este novo modelo.

2. CATEGORIAS DISTINTIVAS EM MATÉRIA DE COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

2.1. A criação de direitos e obrigações como incitação da problemática: o estudo das categorias jurídicas sobre os regulamentos

As discussões que envolvem o tema da competência regulamentar, principalmente no que diz respeito à relação entre regulamento e lei, fez com que surgissem diversas formulações teóricas sobre a matéria. As categorias criadas através destas teorizações, típicas do dogmatismo jurídico, tinham por finalidade estabelecer conceitos funcionais para o tema, criados e adaptados às variantes decorrentes dos ordenamentos jurídicos existentes.

A necessidade de explicar a relação entre lei e regulamento, esclarecendo o regime jurídico de cada um, é uma necessidade de raiz histórica, a partir do momento em que a concentração de poderes do monarca se dissipa para os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Dessa forma, as categorias criadas têm sua funcionalidade para fixar o conteúdo dos conceitos e estruturas em tema de competência legal e regulamentar, mas não devem servir como verdade preconcebida e imutável (visão idealista da ciência), pois são adaptadas ao momento social vivenciado e ao ordenamento jurídico que estiverem sendo estudados, como destaca Gérard Fourez.⁷⁸

Assim, é um processo natural a evolução dos conceitos em todas as ciências, em especial a ciência jurídica. A compreensão das categorias já construídas tem a sua importância quando se coloca em confronto a realidade e o discurso teórico. Este capítulo não tem a pretensão de aprofundar questões relativas à filosofia científica, mas permitir a compreensão estrutural acerca das categorias jurídicas, visando apontar e esclarecer a problemática objeto deste trabalho.

Apesar das variações que podem ser encontradas nas divisões e classificações criadas em matéria de competência regulamentar, principalmente em virtude das peculiaridades dos ordenamentos jurídicos vigentes, alguns modelos são utilizados como parâmetros pelos juristas para identificar uma estrutura de base sobre o assunto. Estas variações, às vezes conceituais e às vezes de nomenclatura, servem

⁷⁸ FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995, Tradução de Luiz Paulo Rouanet, p. 259-261.

também para demonstrar a necessidade de adequação das categorias às peculiaridades das relações econômicas e sociais atuais e da função assumida pelo Estado na contemporaneidade.

A intenção em promover a análise destas categorias não é fazer uma revisão da matéria já tratada por estudiosos anteriores, até porque é extensa a bibliografia sobre tais divisões. A proposta deste capítulo é analisar como se apresenta a criação de direitos e obrigações em cada categoria, pretendendo subsidiar o tratamento do tema nos tópicos posteriores.

2.2. Lei, regulamento e ato administrativo: elementos distintivos

A distinção entre lei, regulamento e ato administrativo é necessária para identificar as características essenciais de cada uma destas categorias e, conseqüentemente, o seu regime jurídico aplicável. Assim, definir os contornos de cada instituto é importante, na medida em que permite verificar o tratamento jurídico que lhe é destinado.

Em primeiro lugar, cabe abordar a distinção entre lei e regulamento. Destaca Marcelo Caetano que existem dois sentidos de lei, quais sejam: sentido material e sentido formal. No primeiro, leva-se em consideração que a lei é um instrumento de veiculação de normas gerais e de execução permanente. Já quanto ao segundo, a atenção é destinada ao órgão qualificado para sua edição e ao processo de produção, que pode ser através do Parlamento ou de outro órgão com poderes equiparados em determinadas situações, a exemplo dos decretos-lei e das medidas provisórias editadas pelo Executivo.⁷⁹

No mesmo sentido, Seabra Fagundes explica que a lei, no seu sentido material “é o ato jurídico emanado do Estado com o caráter de norma geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva”, o que demonstra a consideração a partir de suas características essenciais. Por outro lado, completa o referido autor que, “no sentido formal ou orgânico, a lei é o ato do órgão investido,

⁷⁹ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 96-97.

constitucionalmente, na função legislativa”, revelando atenção à qualidade do órgão de onde provém a norma.⁸⁰

De maneira geral, tem prevalecido o critério formal para distinguir a concepção entre lei e regulamento.⁸¹ A lei veicula, em regra, normas jurídicas gerais e abstratas, mas é qualificada pelo atendimento da competência e do procedimento específico previsto no ordenamento que fornece o tratamento jurídico decorrente desta qualificação. O regulamento, apesar de veicular também normas jurídicas com as mesmas características, não recebe a qualificação legal, já que não atende aos requisitos formais indicados para tanto.

Nos países em que prevalece a supremacia da lei, o aspecto da subordinação da competência normativa se apresenta para qualificar a diferenciação com mais ênfase.⁸² O regulamento seria subordinado aos preceitos da lei em sentido estrito e da Constituição, não podendo contrariá-los. Em contraposição, a primazia da lei permitiria que ela se sobrepusesse ao regulamento em qualquer assunto. Esta distinção, todavia, pode ser questionada diante de ordenamentos jurídicos que promovam uma separação entre o domínio da lei e do regulamento, tal como ocorre no sistema constitucional francês.

Nesta discussão, uma das maiores polêmicas em que se envolve o tema é o potencial de inovação dos regulamentos em contraposição à lei. Definir se os regulamentos podem ou não inovar na ordem jurídica é tema relevante para estabelecer, conseqüentemente, os seus limites e efeitos.

Tratando do tema, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defende que o regulamento não possui a capacidade para inovar no ordenamento jurídico, seja ele em qualquer de suas modalidades, excetuadas as hipóteses de regulamento autônomo autorizado expressamente pelo ordenamento jurídico. Com esta atitude, o autor acaba defendendo a distinção entre lei e regulamento também a partir do aspecto material:

⁸⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 20-23.

⁸¹ Como destaca José Cretella Júnior, “não há diferença material ou substancial entre regulamento e lei, porque ambos são pronunciamentos de natureza normativa”. CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, Vol. 1, p. 283.

⁸² Para Marcelo Caetano, “o regulamento tem de respeitar as leis, não pode conter preceitos que contrariem disposições constantes de leis formais”. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98.

A *lei* e o *regulamento*, na verdade, distinguem-se sob o aspecto material e formal.

Segundo a matéria, a diferença está em que a lei inova originariamente na ordem jurídico, enquanto o regulamento não a altera. Isso é verdade tanto para o regulamento executivo, que desenvolve a lei para efeito da sua aplicação, como para o regulamento autorizado ou delegado, porquanto a modificação da ordem jurídica, que resulta dos seus preceitos expressos, deve já estar virtualmente contida nas disposições programáticas, que lhe dão habilitação legislativa. Destarte, a inovação originária da ordem jurídica é da lei, e não dele. Só os regulamentos autônomos ou independentes inovam livremente na ordem jurídica. Porém, como observado, constituem verdadeiras leis.⁸³

Este não é, todavia, o pensamento de Enterría e Fernandez, para quem a essência do regulamento é a inovação no ordenamento jurídico, estabelecendo normas que atingiriam situações indeterminadas no tempo enquanto vigorar. Assim, a abstração, característica considerada como típica das normas jurídicas veiculadas através do regulamento, ensejaria necessariamente a modificação ou inovação do ordenamento jurídico.⁸⁴

No mesmo sentido é o entendimento de Victor Nunes Leal, para quem a diferença entre lei e regulamento só existe sob a perspectiva formal. Após expor o posicionamento de Hauriou, no sentido que há conteúdos próprios para a lei e para o regulamento, Victor Nunes Leal critica este ponto de vista pela sua imprecisão. Adota, por outro lado, o critério proposto por Duguit, ao afirmar que, do ponto de vista material, não há distinção entre lei e regulamento. A diferenciação estaria na perspectiva formal, já que o regulamento seria subordinado à lei, ou seja, não poderia ser editado *contra legem*.⁸⁵

Sem prejuízo da abordagem dos tópicos posteriores sobre a questão, principalmente no que diz respeito à possibilidade de inovação para a criação de direitos e obrigações (objeto deste trabalho) é possível afirmar que o pensamento que defende a impossibilidade de inovação dos regulamentos vai ao contrário da nova perspectiva acerca do princípio da legalidade e da nova concepção de Estado de direito. A capacidade de inovar não significa necessariamente a criação de direito e

⁸³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, Vol. 1, p. 373.

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 204.

⁸⁵ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito publico e outros problemas**. 1. ed. Brasileira: Ministério da Justiça, 1997, Vol. 1, p.63-66.

obrigação. Inovar diz respeito à integração de novas normas jurídicas, mais facilmente visível quando observada a diferenciação entre regulamento e ato administrativo.

A distinção precitada (regulamento e ato administrativo), por outro lado, passa também por uma polêmica contundente. É na doutrina estrangeira que ela se aprofunda, haja vista a importância com que o tema é tratado (principalmente nos países europeus), a partir dos diferentes ordenamentos jurídicos. Isto, contudo, não retira a importância da distinção para o direito brasileiro.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, partindo da perspectiva dos critérios da generalidade e abstração, defende que a definição destas características é essencial para estabelecer o conceito do regulamento. Para ele, a generalidade é compreendida considerando a impossibilidade de determinação dos destinatários, enquanto que a abstração é a qualidade de aplicação a uma quantidade indeterminada ou indeterminável de situações que venham a surgir, não se exaurindo em uma situação única. A generalidade e abstração se contrapõem à singularidade e concretude.⁸⁶

Admitindo a dificuldade em, por vezes, enquadrar determinadas situações em um dos dois institutos, o referido autor propõe o conceito de regulamento administrativo como sendo “norma escrita, geral e abstracta por via de regra, subordinada à lei, emanada por uma autoridade administrativa, ou por uma entidade privada no desempenho de uma função público-normativa”.⁸⁷ Ele admite, portanto, que o critério distintivo seja a generalidade e a abstração, salientando, contudo, a possibilidade de haver regulamentos singulares ou concretos diante de situações excepcionais.⁸⁸

De outro lado, Enterría e Fernandez entendem que o critério distintivo entre os regulamentos e o ato administrativo não está na relação singular-geral (generalidade), por meio da qual os regulamentos estabeleceriam normas gerais, enquanto que os atos administrativos seriam expressões singulares.⁸⁹ Para eles, a distinção se

⁸⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almeida, 1987, p. 22-26.

⁸⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Op. cit.**, p. 45.

⁸⁸ A abertura para esta possibilidade excepcional acaba por fazer da conceituação do autor uma confusão entre os institutos, deixando a definição para ser extraídas da análise dos casos concretos, o que denota subjetividade, através da indeterminação dos conceitos, e aparenta uma postura contraditória ao que o próprio autor desenvolve.

⁸⁹ Não se nega, contudo, que o ato administrativo precisa observar as disposições regulamentares. O regulamento, como norma geral, pressupõe a impossibilidade de ser excepcionado individualmente. Assim explica Victor Nunes Leal em voto proferido no RMS 8.147: “O regulamento é expedido no uso da competência regulamentar, enquanto que o ato administrativo deriva da competência ordinária para gerir a coisa pública. Esta competência administrativa rotineira está evidentemente subordinada à

encontra na temporalidade da aplicação, ou seja, na renovação do seu cumprimento ou, ainda, na execução permanente do seu conteúdo. Nesse sentido, os atos administrativos, sejam eles genéricos ou singulares, consumir-se-iam em um momento único, através do seu simples cumprimento.⁹⁰ Por outro lado, os regulamentos permitiriam o cumprimento de suas normas diversas vezes, o que lhes consolidariam no ordenamento jurídico.⁹¹

No mesmo sentido é Ramón Parada, o qual, adotando idêntico critério, salienta que, mesmo nos atos administrativos genéricos (ex: notificação coletiva), estes se exaurem em um único cumprimento, enquanto que os regulamentos são aplicados até que sejam revogados.⁹² Ressalta ainda que os regulamentos também não se confundiriam com instruções, ordens de serviço ou circulares, as quais são baseadas no poder hierárquico e só vinculam os agentes inferiores ao editor do ato, nunca integrando o ordenamento jurídico.⁹³

Diogo de Freitas Amaral, enfrentando a questão, adere às características da generalidade e da abstração para diferenciar o regulamento e o ato administrativo. Porém, pondera ele que existem situações em que a distinção se torna difícil, dentre as quais cita: “comando relativo a um órgão singular”; “comando relativo a um grupo restrito de pessoas, todas determinadas ou determináveis”; e “comando geral dirigido a uma pluralidade indeterminada de pessoas, mas para ter aplicação imediata numa única situação concreta”. Nas duas primeiras hipóteses, o problema se apresenta em relação à característica da generalidade, enquanto que, na segunda situação, a dificuldade diz respeito à característica da abstração.⁹⁴

competência para expedir regulamentos. É através desse escalonamento dos atos do Estado, dentro de uma ordem hierárquica definida, que o poder público se autolimita, princípio este fundamental para garantia dos direitos individuais e da boa administração”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial**: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006, p. 215.

⁹⁰ Esse é o sentido conferido, por exemplo, pelo art. 120 do Código de Processo Administrativo português, ao estabelecer que os atos administrativos visam “produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta”.

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 206.

⁹² PARADA, Ramón. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 54-55.

⁹³ Em posição contrária está Jorge Manuel Coutinho de Abreu, o qual entende que tais figuras podem se enquadrar perfeitamente no conceito de regulamento, a depender do seu conteúdo. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 109.

⁹⁴ AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2004, Vol. 2, p. 171-172.

Por outro lado, no direito brasileiro, a doutrina tende a não elaborar uma distinção clara entre regulamento e ato administrativo, considerando aquele como uma mera espécie deste. Deixando de lado o amplo conceito tradicional proposto por José Cretella Júnior, o qual chega a englobar até mesmo a lei na sua classificação formal,⁹⁵ é possível constatar que as acepções do conceito de ato administrativo podem envolver dois sentidos: um amplo e um estrito.⁹⁶

No sentido amplo, leva-se em consideração a declaração do Estado associada à subordinação desta declaração à lei. Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, nesta concepção, o ato administrativo corresponde a uma “declaração do Estado [...], no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.⁹⁷ Nesta perspectiva, o regulamento se apresenta como uma espécie de ato administrativo.

Por outro lado, o referido autor destaca que o conceito de ato administrativo também pode se apresentar sob uma perspectiva mais restritiva, levando em consideração duas outras características: a concreção⁹⁸ e a unilateralidade. Isto excluiria, por consequência, o enquadramento dos regulamentos e dos contratos administrativos nas categorias de ato administrativo. É preciso salientar que o conceito proposto por ele leva sempre em consideração a complementaridade do ato administrativo em relação à lei, bem como a sua mera finalidade de lhe dar execução, sem possibilidade de inovar no ordenamento jurídico e criar direitos e obrigações.⁹⁹

Partindo desta última concepção (restritiva), está o conceito de Antônio Carlos Cintra do Amaral, o qual aduz que os atos administrativos veiculam normas jurídicas

⁹⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 66.

⁹⁶ Semelhantemente, Miguel Seabra Fagundes diferencia o ato administrativo sob o aspecto material e formal. No primeiro (material), “os atos administrativos são aqueles através dos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para a sua formação”. Já no segundo (formal), os atos administrativos decorrem do Poder Executivo ou Administrativo e são “todos os que emanam desse poder, ainda que materialmente não o sejam”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 20-23, p. 26 e 30.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 378.

⁹⁸ Aderindo ao sentido estrito do conceito de ato administrativo, Maria Sylvania di Pietro entende que a produção de efeitos jurídicos imediatos, relacionada à concretude, é característica integrante do conceito de ato administrativo, motivo pelo qual os regulamentos não estariam incluídos nesta categoria. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 197-198.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. cit.**, p. 380.

concretas, enquanto que os regulamentos introduziriam normas jurídicas gerais. Ainda salienta este autor que o ato administrativo é subordinado ao regulamento, enquanto este seria subordinado à lei em sentido estrito.¹⁰⁰

Identificar se há distinção entre regulamento e ato administrativo tem sua importância, na medida em que permite verificar o tratamento jurídico destinado a cada um separadamente, aspecto este que será abordado em capítulos posteriores.¹⁰¹ Para além das dificuldades em estabelecer critérios absolutos, pode-se indicar os delineamentos gerais de cada instituto, no que se encontra a generalidade e abstração dos regulamentos, contrapondo-se à singularidade e concretude do ato administrativo.

Atualmente, é difícil manter uma perspectiva que considere o regulamento como espécie de ato administrativo. A competência regulamentar tem se expandido cada vez mais e torna-se não razoável defender o poder regulamentar como mera repetição da legislação.

O problema relativo às exceções da generalidade e abstração (e, portanto, relativo aos critérios distintivos entre lei e regulamento) pode ser solucionado à luz da diferenciação entre diploma, texto e norma. É verdade que, por vezes, é possível encontrar dispositivos introduzidos em regulamentos, mas que são individuais ou concretos. Nesta hipótese, apesar de estarem inseridas em um diploma de natureza regulamentar, trata-se de ato administrativo, na medida em que não são atendidos os requisitos para enquadramento na categoria dos regulamentos.

Assim, não é porque um ato administrativo é veiculado através de regulamento que a sua natureza estará distorcida. A análise jurídica deve ser realizada a partir da essência das duas categorias, identificando-se qual a natureza da norma jurídica veiculada.

É na viabilidade de compreender a abstração enquanto potencial para inovação do regulamento que se encontra a polémica deste trabalho. Ao se entender que o regulamento tem possibilidade de inserir preceitos novos no ordenamento jurídico, será necessário analisar se ele pode, então, estabelecer direitos e obrigações novas

¹⁰⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 35-36.

¹⁰¹ Diogo de Freitas do Amaral destaca três utilidades principais dessa distinção, quais sejam: existência de regras próprias de interpretação e integração para cada categoria; as diferentes espécies de vícios e formas de invalidade; e, por fim, os detalhes relativos à impugnação contenciosa. AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. II. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2004, p. 173.

e qual a relação destes inovadores preceitos com o princípio da legalidade. Nesse contexto é que se constroem as classificações quanto à relação entre lei e regulamento.

2.3. Primazia e reserva legal

A primazia e reserva legal¹⁰² são categorias trabalhadas em quase todas as construções teóricas em torno do princípio da legalidade e da competência regulamentar. Em alguns trabalhos, elas chegam a ser tratadas como princípios, a depender da construção teórica desenvolvida em cada país. Eduardo Cordero Quinzacara destaca que esta divisão decorre da separação entre dois modelos jurídicos que partem de pressupostos diferentes para definição da competência legal e regulamentar:

Por una parte, se encuentra aquél que se construye sobre la base de la primacía de la ley y la existencia de una reserva parlamentaria, de tal manera que el reglamento sería una norma complementaria y subordinada a la misma [...]

Por otra, se encuentra el modelo que, reconociendo un determinado ámbito de reserva material legislativa, mantiene también un determinado ámbito de reserva reglamentaria como un verdadero poder propio e independiente del ejecutivo.¹⁰³

Ramón Parada aborda estas duas categorias com nomenclaturas diversas: reserva material e reserva formal; esta última, correspondendo ao que se denomina de primazia legal.¹⁰⁴ A primeira espécie de reserva (material) compreenderia o conjunto de matérias específicas que a Constituição exige que sejam tratadas

¹⁰² Eduardo Cordero Quinzacara destaca que, apesar da doutrina da reserva legal ser proveniente das lições de Otto Mayer, a sua origem propriamente dita seria encontrada na idade média em relação à disputa travada entre as assembleias medievais e o monarca. Destaca o autor que “las asambleas estamentales comienzan una larga lucha con los monarcas a fin de reservarse el voto periódico del impuesto, la regulación del sistema de penas y del procedimiento penal, materias claves con las que permiten un control de los poderes del monarca y de ciertas garantías básicas de los ciudadanos”. QUINZACARA, Eduardo Cordero. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. **Revista de Derecho de La Pontificia Universidade Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 36, n. 1, p.409-440, jan. 2006, p. 410-411.

¹⁰³ QUINZACARA, Eduardo Cordero. Op. cit., p. 413.

¹⁰⁴ É preciso destacar que a posição defendida por Ramón Parada se dá sob a luz da Constituição espanhola de 1978. Desta forma, a possibilidade genérica de tratamento de qualquer assunto por meio de lei deve ser considerada sob o prisma daquele ordenamento jurídico, já que existem ordenamentos que admitem matérias a serem reguladas apenas pela Administração Pública por via do regulamento, tal como ocorre no direito francês.

mediante lei em sentido estrito. Já a segunda (formal ou primazia da lei) seria a hipótese de matérias que, muito embora não haja exigência específica para tanto, podem ser tratadas ou não por lei em sentido estrito. A lei, portanto, teria uma potencialidade ilimitada para tratar sobre quaisquer matérias e, assim fazendo, não poderia o regulamento infringir seus preceitos.¹⁰⁵ É preciso esclarecer que existem autores que preferem a classificação inversa, como o faz Gustavo Binenbojm.¹⁰⁶

O sistema constitucional francês é um dos que ganham destaque em matéria de competência regulamentar, tendo em vista o seu regime peculiar. Nele, sem prejuízo da abordagem que será desenvolvida no capítulo subsequente, é possível identificar a transição entre um regime que adota a primazia legal baseada na supremacia do Parlamento (sistemas precedentes à Constituição de 1958) e o regime atual (pós Constituição de 1958), que fixa expressamente a competência destinada à lei (art. 34) – reserva legal – e ao regulamento (art. 37) – reserva de administração.

Dentro da noção de reserva legal (compreendida em contraposição à primazia legal), Luis S. Cabral de Moncada diferencia ainda duas situações diversas: reserva relativa e a absoluta. Para chegar a esta distinção, ele considera a possibilidade ou não de delegação da matéria pelo legislador. Em primeiro lugar, conceitua a reserva legal como sendo “o domínio exclusivo da norma legislativa ou de norma equiparada, autenticada mediante uma disciplina minimamente densa do material normativo”, podendo ser admitida ou não a delegação legislativa, o que dependeria do regime jurídico de cada país.¹⁰⁷

A reserva legal, então, seria vista através de dois prismas. No primeiro, podendo-se dizer reserva legal relativa, admite-se haver delegação da matéria pelo legislador, desde que estabelecida uma densidade normativa mínima, exigida para garantia do princípio da legalidade. Já na segunda ótica, reserva legal absoluta, a competência do legislador não pode ser delegada, devendo ser por ele desenvolvida na sua plenitude.

Gustavo Binenbojm, fazendo um apanhado da doutrina estrangeira, sistematiza o estudo de maneira semelhante, com alguns detalhes acrescentados. Primeiramente,

¹⁰⁵ PARADA, Ramón. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 54.

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 145-204, p. 165.

¹⁰⁷ MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 169.

separa primazia e reserva legal nos mesmos termos enfrentados acima. No entanto, em relação especificamente à reserva legal, entende-se que ela pode se apresentar através de seis qualificações diversas, considerando três classificações: reserva formal ou material (considerando o órgão competente); reserva absoluta ou relativa (de acordo com a possibilidade de abertura da densidade normativa); e reserva qualificada ou não qualificada (quando a lei é dirigida para determinada finalidade constitucional).¹⁰⁸

No panorama desenhado pelo autor, a reserva formal, diferentemente da apresentada por Ramon Parada, diz respeito à exigência de lei em sentido formal, sendo apenas aquela editada pelo Parlamento. A reserva material, por sua vez, permitiria a edição de atos normativos com força semelhante, a exemplo das medidas provisórias no direito brasileiro.

A reserva absoluta ocorreria quando obrigatório o tratamento da matéria integralmente pela lei, com todos os critérios da decisão nela definidas. A reserva relativa, por outro lado, permitiria que, na lei, fossem estabelecidas normas com grau de densidade normativa menor, liberando o administrador para a conformação dos seus preceitos.

Por fim, a reserva qualificada da lei decorreria da teoria dos direitos fundamentais, no sentido de que a restrição de tais direitos apenas poderia ocorrer através de caminhos ou nortes específicos, extraídos a partir da interpretação constitucional, ou seja, haveria um dirigismo sobre o conteúdo a ser veiculado pela lei. Na reserva não qualificada, esta exigência inexistiria.

A partir deste panorama, importa observar a problemática relativa às variantes possibilidades de criação de direitos e obrigações em cada tipo. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que não há uma resposta única sobre como se apresenta a reserva legal e a primazia em todos os ordenamentos jurídicos, já que a definição dos moldes de cada categoria depende do direito em que está sendo investigada. Porém, é possível inferir uma variação importante para o desenvolvimento do tema.

Quanto à noção de primazia legal, percebe-se que, por não ser exigida lei em sentido estrito, é admitido o tratamento da matéria através de regulamentos, desde que na lei já não tenha regulado o assunto e nos limites do ordenamento jurídico

¹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 145-204, p. 165-168.

vigente. A própria palavra primazia designa a ideia de prioridade, mas não de exclusividade. Permite-se, portanto, que outras fontes normativas complementem a regulamentação sobre a matéria em caso de não haver disposição legal.

Já em relação à reserva legal, o problema se apresenta sob perspectiva diversa. Apesar de não se eliminar a possibilidade de tratamento da matéria através de regulamentos que visem dar execução à lei, o assunto submetido a esta categoria necessita ser diretamente tratado através de lei em sentido estrito. A competência regulamentar, conseqüentemente, fica adstrita a estabelecer preceitos que não importem em invasão da competência legal, ou seja, que não ensejem a criação de direitos e obrigação não previstos originalmente em lei. É verdade que, mesmo neste âmbito, técnicas vêm sendo construídas para viabilizar a regulamentação através de fontes alternativas, como é o caso da delegação legislativa e do regulamento autorizado, o que enseja o nascimento de teorizações como, por exemplo, reserva legal absoluta ou relativa.

No direito brasileiro, a distinção entre primazia e reserva legal, apesar de apresentar as mesmas nomenclaturas, aponta nuances quanto aos limites da competência regulamentar. A discussão parte principalmente da análise do art. 5º, II, da Constituição de 1988, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹⁰⁹ A interpretação deste artigo para definir se há primazia ou reserva legal, nos sentidos expostos acima, é um dos problemas recentes com a nova concepção de legalidade e Estado de direito, fazendo com que os estudiosos no campo do direito se debrucem sobre a matéria.

Todavia, o princípio da legalidade não perde relevância na atualidade. Muito pelo contrário, ainda é um dos principais instrumentos de garantia do Estado democrático de direito. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, nesse sentido, afirma que:

Essa tradicional e relevante subordinação ao princípio da legalidade representa uma expressiva barreira contra autoritarismos do Executivo e a necessária partição de funções em um Estado de Direito. É uma trincheira diuturnamente fustigada sob os mais variados argumentos, desde a insuficiência da técnica legislativa esboçada pelo Poder

¹⁰⁹ A polêmica ainda se intensifica quando esse dispositivo é cotejado com outras passagens da Constituição de 1988 que exigem novamente a lei para tratamento de determinadas matérias, tal como ocorre no direito penal (art. 5º, XXXIX) e no direito tributário (art. 150, I), exemplos clássicos de onde a legalidade enfatizada.

Legislativo, à complexidade e à velocidade da vida moderna, incompatível com a natural lentidão dos parlamentos.¹¹⁰

Assim, continua o referido autor salientando que o problema se apresenta sob dois subproblemas contrapostos:

O desmedido esgarçar da lei, o abrandamento de sua densidade e o fortalecimento, por vezes excessivos, das normas secundárias representam um enfraquecimento do modelo democrático de direito. Por outro lado, a descomedida concentração de poderes nas mãos do legislador tradicional, infelizmente, tem sido um elemento capaz, quando a função legislativa não é racionalizada, de fazer qualquer Estado tornar-se um empecilho ao desenvolvimento econômico e social.¹¹¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, abordando também sob esta perspectiva em face da crise que permeia a democracia no estágio atual da sociedade, explica dois contrapontos a serem enfrentados neste dilema: o perigo do despotismo pelo governo, com uma eventual nova tirania, e, de outro lado, a ineficiência do Poder Legislativo para acompanhar eficazmente as reivindicações da sociedade.¹¹² Solucionar este dilema é um paradigma enfrentado na atualidade que precisa de aprofundamento, já que tem por finalidade proporcionar a adequação entre a necessária garantia da democracia e, paralelamente, assegurar a concretização dos objetivos estatais.

2.4. Função normativa, função legislativa, função regulamentar e algumas considerações sobre a delegação legislativa

A sistematização teórica que envolve a competência regulamentar está intrinsecamente relacionada à definição do que vem a ser a função normativa estatal, cotejando-a com a identificação da função legislativa e regulamentar. A distinção entre estas duas funções, como componentes de um gênero que potencializa a criação de

¹¹⁰ CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. *A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234, p. 222.

¹¹¹ CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. *A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 221-234, p. 229.

¹¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

normas jurídicas, é o fundamento para as discussões que envolvem a relação entre lei e regulamento.

Um dos pressupostos iniciais para entender o debate é ter consciência de que o poder normativo estatal, como a própria denominação indica, diz respeito ao potencial do Estado para a criação e imposição de normas jurídicas. Partindo das lições de Renato Alessi, Eros Roberto Grau separa as funções normativa, administrativa e jurisdicional, indicando, respectivamente, como sendo a produção (função normativa), a execução (função administrativa) e a aplicação das normas jurídicas (função jurisdicional).¹¹³

A função normativa não se confunde com a função legislativa. O poder de produção de normas jurídicas não é exclusivo do Poder Legislativo.¹¹⁴ É verdade que este órgão pode elaborar normas jurídicas com qualificação legal, qualificação esta normalmente concebida pela Constituição e considerada como um dos instrumentos democráticos mais importantes, tal como ocorre no direito brasileiro (v.g., art. 59 da Constituição de 1988). Todavia, existem outros meios de produção de normas jurídicas, cenário este em que se insere a função regulamentar.

No sistema brasileiro, a função de editar normas jurídicas, exercitada através de vias que permitam a qualificação do instrumento normativo como lei ou equiparado a ela (exemplos das medidas provisórias e dos decretos-lei), corresponde à função legislativa. Por outro lado, ao estatuir normas jurídicas desprovidas da força legal, ou seja, baseados na relação de supremacia estatal, identifica-se a função regulamentar.

Partindo deste quadro, a produção de normas jurídicas não é uma atividade exclusiva da lei em sentido estrito e, ainda mais inadequado, seria pensar a correspondência entre as funções normativa, jurisdicional e administrativa partindo do seu aspecto subjetivo, ou seja, atribuindo, respectivamente, ao Poder Legislativo, Judiciário e Executivo. Corroborando esta afirmação, Miguel Reale destaca que “é inaceitável a teoria que conceitua as funções normativas com base em critérios

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 238.

¹¹⁴ Ressalte-se que este posicionamento do ex-Ministro Eros Roberto Grau chegou a prevalecer acórdão proferido pelo STF, do que é exemplo o proferido na ADI 2950 AgR/RJ, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2004. No caso específico, analisava-se a possibilidade de submeter um decreto estadual ao controle de constitucionalidade. Logo na ementa, encontra-se que “estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo)”, complementado com a afirmação de que “o Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa”.

extrínsecos ou subjetivos”. Desta forma, os regulamentos também são considerados como fonte normativa, haja vista que são instrumentos de veiculação de normas jurídicas.¹¹⁵

A questão em torno destas três categorias (função normativa, função legislativa e função regulamentar), além de ter como mote a distinção funcional dos conceitos, gira em torno de definir se a função regulamentar é dependente da função legislativa e, portanto, identificar a relação que existe entre estas duas atribuições. Neste aspecto, os argumentos se dividem, partindo de duas perspectivas: a tese da delegação legislativa¹¹⁶ e a tese da função regulamentar estatal por natureza.

Para uma linha de pensamento, a função regulamentar é inerente ao Estado, mas, na hipótese de matérias reservadas à lei, esta pode autorizar a utilização do regulamento para dispor sobre tais matérias, alterando ou não o nível hierárquico do ato normativo regulamentar (delegação legislativa). Nesta situação, as matérias reservadas à lei só poderiam ser regulamentadas por instrumento diverso através de autorização contida em uma lei habilitante. Coexistem, portanto, as noções de primazia legal e de reserva legal.

Entre os que assim pensam, encontram-se Enterría e Fernandez, para quem a delegação legislativa supõe “uma extensão da potestade regulamentar mais além de seu âmbito ordinário”.¹¹⁷ Para eles, existiriam três técnicas distintas para a sua instrumentalização, quais sejam: delegação receptícia; remissão normativa; e deslegalização, técnicas estas a serem analisadas quando do tratamento específico do direito espanhol posteriormente.¹¹⁸

¹¹⁵ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 11.

¹¹⁶ Como destaca Fernando Garrido Falla, existe ainda a perspectiva que defende a existência do função regulamentar apenas quando há expressa atribuição legal, ou seja, a delegação legislativa passa a ser pressuposto do poder regulamentar. O referido autor, no entanto, afirma que esta forma de pensar confunde os regulamentos administrativos com a legislação delegada, que são institutos diferentes. FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. 13 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, Vol. 1, p. 271.

¹¹⁷ Em curta síntese, pode-se dizer que, por meio da delegação receptícia, o regulamento assumiria o mesmo nível de qualificação da norma delegante, por expressa disposição desta. Através da técnica da remissão normativa, por outro lado, a lei estabelecerá a possibilidade de o regulamento vir a complementar os seus próprios termos. Por fim, a técnica da deslegalização causaria a alteração do nível de qualificação do instrumento normativo exigido para a regulação da matéria, isto é, a matéria passa a poder ser veiculada mediante regulamento por expressa autorização da lei. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 270.

¹¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Op. cit.**, p. 274-299.

Porém, este pensamento não é unânime. Maurice Hauriou, tratando especificamente deste problema, argumenta que o poder regulamentar é originado na Constituição e na organização administrativa, sendo historicamente anterior ao poder legislativo. Desta forma, defende que o poder regulamentar é espontâneo e independente de autorização legislativa, considerando incorreta a tese que defende a sua legitimação através de uma lei autorizadora, explícita ou implicitamente. Para este autor, quando a legislação prevê a possibilidade de regulamentação dos seus preceitos, não há transferência da função legislativa, mas mera autorização para o exercício do poder regulamentar sobre determinadas matérias.

Assim explica:

Les autorités administratives tiennent leur pouvoir réglementaire formellement de la Constitution et de l'organisation administrative. Mais la législation ne fait que reconnaître ici la nature des choses car le pouvoir réglementaire est inhérent à tout pouvoir de commandement. Il faut considérer comme fautive la théorie d'après laquelle le pouvoir réglementaire serait une délégation du pouvoir législatif ; elle est fautive parce que le pouvoir réglementaire est spontané et historiquement antérieur au pouvoir législatif, et encore parce que, dans un pays à constitution écrite et à séparation des pouvoirs, le pouvoir législatif ne se délègue pas.¹¹⁹

A mesma linha de pensamento é defendida por Eros Roberto Grau, ao apontar que o exercício da competência regulamentar não pressupõe atribuição legal, ou seja, delegação legislativa. Quando esta ocorrer, será a hipótese de efetivo exercício de função legislativa (ato normativo com força de lei), autorizado pela Constituição, e não função regulamentar. Para tanto, parte da mesma premissa de que “o Legislativo não é titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta [...]”.¹²⁰ Este ponto de vista serve para diferenciar as categorias da delegação legislativa e regulamentos autorizados.¹²¹

É preciso salientar que a questão relativa à delegação legislativa, seja através de meios expressos, seja por meio de autorizações implícitas (tais como a edição de normas com densidade cada vez menor) – para quem admite se tratar de uma espécie

¹¹⁹ HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 1933, p. 556.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 240.

¹²¹ Para Marcelo Caetano, o poder regulamentar é decorrente da própria natureza da Administração Pública, “inerente à autoridade de que dispõe para executar as leis e imposta pela dispersão dos órgãos e agentes que a compõem”. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 99.

de delegação, é matéria que não possui uma solução unificada em todos os ordenamentos jurídicos. A problemática advém da desmistificação do mito liberal de submissão absoluta e mecânica da Administração à lei.

O problema da delegação de poderes legislativos tem chamado atenção principalmente nos Estados Unidos da América, onde a Constituição de 1787 não permite e, ao mesmo tempo, não proíbe esta técnica, partindo para uma construção jurisprudencial do tema. No direito norte-americano, a possibilidade da delegação legislativa é admitida pelos tribunais, de maneira que, como destaca Moncada, “a doutrina da impossibilidade da delegação de poderes legislativos (*non-delegation doctrine*) está ultrapassada [...]”.¹²²

Na França, o problema assume outro aspecto. A divisão entre a lei e regulamento feita pela Constituição de 1958 implica em um reconhecimento de um campo amplo de competência regulamentar, sendo praticamente desnecessária a delegação legislativa. O reconhecimento da função regulamentar é da própria natureza do Estado e, portanto, não precisa de prévia autorização.

Assim, é possível verificar que a delegação da competência legislativa não é um tema de definição e modelo únicos, pois há necessidade de que a problemática seja analisada também de acordo com o direito de cada país. No Brasil, por exemplo, existem entraves jurídicos que precisam ser confrontados antes de se admitir abertamente a possibilidade de delegação legislativa, principalmente diante do rol previsto no art. 59 da Constituição de 1988, bem como em face da tradicional rigidez que o princípio da legalidade e da separação de poderes assume na cultura jurídica brasileira (no que se inclui principalmente a interpretação acerca do art. 5º, II, do Texto Constitucional).

Dessa maneira, a amplitude da função regulamentar, enquanto espécie da função normativa, é uma realidade da nova perspectiva do próprio direito e, enquanto tal, precisa ser abordada na sua nova concepção. A criação de normas jurídicas por entes diversos do Poder Legislativo, seja através do reconhecimento da função regulamentar, seja através da técnica de delegação legislativa, seja idealizada enquanto transferência do poder legislativo, seja enquanto reconhecimento do poder regulamentar natural através de lei, é hoje admitida com suas nuances em cada

¹²² MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 634.

ordenamento jurídico, apesar da necessidade ainda recente de delinear os seus limites.

2.5. Os regulamentos em face da relação jurídica afetada

2.5.1. Regulamentos jurídicos e de organização em paralelo aos regulamentos externo e interno

A dualidade classificatória traçada entre regulamentos jurídicos e de organização, de origem germânica, tem como critério distintivo a relação regulada, considerando a afetação ou não do âmbito jurídico dos administrados, daí a necessidade de enfrentá-los paralelamente aos regulamentos externo e interno. Em uma diferenciação preliminar, pode-se dizer que a categoria dos regulamentos de organização (também denominados de orgânicos ou organizacionais) estabeleceriam normas que afetariam apenas internamente ao Estado, enquanto os regulamentos jurídicos (também designados como regulamentos de polícia ou agressivos) teriam o potencial de atingir as relações jurídicas, das quais o administrado faça parte.

A nomenclatura destinada a esta classificação (jurídicos e de organização) partiu da ideia inicial de que os regulamentos de organização não comporiam o direito, na medida em que ficariam adstritos à regulação interna do próprio Estado, sem efeitos externos. Entendia-se, como explica Diogo de Freitas do Amaral, que os regulamentos editados com a finalidade exclusiva de estabelecer preceitos no próprio âmbito da Administração Pública não afetariam os administrados e, por esta razão, não integrariam o ordenamento jurídico. Este pressuposto, no entanto, não é mais sustentado na atualidade.¹²³

Como afirma Jorge Manuel Coutinho Abreu,¹²⁴ os regulamentos de organização são necessariamente jurídicos, seja pela possibilidade de afetar indireta ou mesmo diretamente (como, por exemplo, na situação de relações especiais de subordinação) o âmbito externo do Estado, seja pelo fato de que a ordem interna da Administração Pública também exprime normas vigentes vinculativas, mesmo na hipótese de serem

¹²³ AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2004, Vol. 2, p. 163.

¹²⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 96.

restritivas ao âmbito interno do Estado. A questão relativa à identificação da juridicidade dos regulamentos, depende da admissão de que eles integram o ordenamento jurídico, estatuidos normas jurídicas, mesmo que limitadas. Apesar da nomenclatura que pode suscitar polêmicas, esta classificação é ainda bastante utilizada no direito europeu e vem sendo retomada em discussões no direito brasileiro.

A questão ganha realce quando é analisada paralelamente à classificação que considera os efeitos do regulamento, dividindo-os em externo e interno. Quanto ao regulamento jurídico, tendo em vista afetar diretamente a relação entre Administração Pública e administrado, os efeitos externos estão visivelmente presentes. Por outro lado, os regulamentos de organização podem se restringir a gerar efeitos internos, mas também podem resultar em efeitos externos indiretos ou diretos, afetando direitos de terceiros.

De acordo com esta perspectiva divisória, os regulamentos de organização exclusivamente de âmbito interno da Administração Pública poderiam ser editados independentemente de respaldo em lei habilitadora. Por outro lado, os regulamentos externos, sendo gênero que abrange os regulamentos jurídicos e os organizacionais com eficácia externa,¹²⁵ seriam limitados de acordo com a potencialidade para inovação e criação de direitos e obrigações admissíveis em cada ordenamento jurídico.

Na classificação empreendida por Enterría e Fernandez,¹²⁶ não basta a identificação da relação jurídica, mas também da sua qualidade. Para identificar se a hipótese seria de regulamento jurídico ou organizacional, seria necessário averiguar se a relação de supremacia que justifica o exercício do poder regulamentar decorre de uma supremacia geral ou especial, esta qualificada por um título jurídico específico. Os regulamentos jurídicos, segundo anota, corresponderiam ao exercício da supremacia geral, enquanto que os regulamentos organizacionais decorreriam de uma relação de supremacia especial, a exemplo das relações hierárquicas e da regulamentação dos serviços públicos.

¹²⁵ Como exemplo de regulamentos organizacionais de eficácia externa, podem ser citados os que promovam modificação de competência, passando o administrado a se adequar às novas atribuições internas; padronização de entendimentos; modificação de procedimentos administrativos etc. Apesar de terem por objetivo a regulamentação interna da Administração Pública, acaba por afetar indiretamente os administrados, que se sujeitam, mesmo que de forma menos expressiva, a novas situações jurídicas.

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 226.

Nesta concepção, admite-se um campo de atuação maior ao exercício da competência regulamentar nas relações de supremacia especial, de maneira que os regulamentos organizacionais teriam mais amplo potencial para criação de direitos e obrigações. Os regulamentos jurídicos, por outro lado, subordinar-se-iam aos limites estabelecidos expressa ou implicitamente pela lei.

No direito brasileiro, muita polêmica se desenvolveu sobre a existência ou não de regulamentos de organização, principalmente a partir da Emenda Constitucional 32/2001, que alterou o art. 84, VI, da Constituição de 1988, passando a prever a possibilidade de decretos para “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e para “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. Isto fez com que surgissem posicionamentos a favor e contra a criação da categoria do regulamento orgânico no Brasil.

Paulo Modesto, por exemplo, admite a existência do regulamento de organização no Brasil a partir da nova configuração constitucional, apesar de argumentar a existência de limitações. Defende, nesse sentido, que, mesmo nesta nova hipótese constitucional, não pode haver a criação de direito ou dever individual novo, devendo se limitar a reordenar “a partilha de atribuições e o funcionamento de órgãos administrativos previamente criados por lei”.¹²⁷

O precitado autor entende que tais regulamentos possuem limites objetivos que impediriam o estabelecimento de normas primárias, inovadoras no ordenamento jurídico:

Quanto aos limites objetivos, cumpre especificar as duas funções básicas cumpridas pelos regulamentos de organização. Em primeiro lugar, reordenar ou recompor matéria de relevo preponderantemente interno (estruturação/vinculação), deslocando, desmembrando ou remanejando atribuições previamente estabelecidas de um para outro órgão da mesma pessoa administrativa ou até deslocando o próprio órgão como um todo, modificando os seus vínculos diretos de subordinação (ex. órgão diretamente vinculado ao Presidente da República pode ser deslocado para a estrutura administrativa de ministério setorial, ou realizar-se deslocamento horizontal de órgão, de um ministério para outro). Em segundo lugar, redistribuir cargos e funções entre órgãos, de forma a aperfeiçoar o emprego da força de

¹²⁷ MODESTO, Paulo. Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos: uma distinção necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. n.º 22, maio/junho/julho, Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em 11 jul. 2013.

trabalho na intimidade da Administração Pública e o próprio funcionamento das unidades administrativas.¹²⁸

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, mesmo antes da edição da Emenda Constitucional 31/2001, entendia pela existência dos regulamentos de organização no direito brasileiro. Esta categoria diz respeito às normas regulamentares que trazem “condições internas de execução dos serviços públicos e a maneira de sua utilização por terceiros interessados. Constituem, muitas vezes, simples instruções sobre o funcionamento das repartições públicas, baixadas pelo Executivo”. Segundo pensa, o autor defende que tais regulamentos trazem regras jurídicas e modificam o ordenamento, diferentemente do que argumentavam os juristas alemães.¹²⁹

Porém, a existência de uma categoria específica (regulamento de organização) no Brasil através deste novo preceito constitucional não é defendido por todos. Celso Antônio Bandeira de Mello, dedicando um capítulo exclusivo na sua obra (Capítulo IV da Parte III), sustenta a inexistência desta categoria regulamentar no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua dissociação com o modelo europeu, onde foi elaborada.

Para chegar a esta conclusão, agrega o fato de que, no direito europeu, os regulamentos organizacionais eram espécie dos regulamentos independentes ou autônomos e poderiam, por isso, criar direitos e obrigações, bem como estabelecer normas primárias no ordenamento jurídico. Desta forma, considerando a limitada nova hipótese constitucional do art. 84, VI, entende que não há qualquer correspondência entre o modelo originalmente criado.¹³⁰

É preciso salientar que as decisões proferidas no âmbito do STF sobre a matéria, apesar de não serem uniformes, já chegaram a encampar, em algumas oportunidades, a posição restritiva em relação à interpretação do art. 84, VI, entendendo que este dispositivo não outorga competência além da que foi

¹²⁸ MODESTO, Paulo. **Op. cit.**

¹²⁹ O autor esclarece que: “os juristas alemães os denominaram de regulamentos de administração e entendem que não encerram regras jurídicas, e simplesmente técnicas pertinentes à vida *interna corporis* dos organismos administrativos. Não obstante, são regras jurídicas, pois correspondem a normas coercitivas de comportamento dos agentes públicos, quanto à regência das repartições públicas, a cuja obediência estão obrigados, sujeitando-os, pelo seu descumprimento, a penalidades. Por outro lado, de modo reflexo, os particulares interessados sofrem as consequências das suas normas”. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 1, p. 360-361.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 335-337.

expressamente ali prescrita, criando uma nova categoria regulamentar. Nesse sentido, a ADI 3.232, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14/08/2008, Plenário, DJE de 03/10/2008, por meio da qual se entendeu pela impossibilidade da criação de cargos públicos e, inclusive, também pela impossibilidade de delegação desta competência através de lei.¹³¹

Apesar deste julgado tratar de hipótese de aumento de despesa (vedada através de decreto, por expressa disposição do art. 84, VI), o Ministro Cezar Peluso, em seu voto como relator, aduziu a sua interpretação sobre a competência regulamentar. Na oportunidade deste julgamento, analisava-se o art. 5º da Lei 1.124/2000, do Estado do Tocantins, que outorgava ao Chefe do Poder Executivo o poder de editar decreto para criação e extinção de cargos públicos, além de outras matérias.¹³² O voto proferido pelo Ministro Relator, Cezar Peluso, deixou expresso seu entendimento, acolhido no acórdão, de que a hipótese do art. 84, VI, não se trata de ato normativo “originário ou independente, mas derivado, [...] pois se preordena a prever normas tendentes a viabilizar as formas de execução desta ou daquela pelo Executivo”.

Assim, percebe-se que o posicionamento externado na referida decisão se põe no sentido de entender que a hipótese do art. 84, VI, se enquadra na categoria do regulamento de execução, dada a restrição com que o dispositivo é abordado. A questão, entretanto, não é tão simples quanto aparenta. As decisões no âmbito do STF variam quando o tema é o limite da competência regulamentar, matéria esta que será retomada em capítulos posteriores.

Com estes posicionamentos, deve-se dizer que os regulamentos de organização, em sua essência, foram formulados para existirem independentemente de lei prévia, ou seja, autonomamente. Tanto é assim que a própria denominação indica a ideia germânica de que tais regulamentos sequer eram considerados jurídicos, uma vez que não afetavam as relações jurídicas externas ao Estado.

¹³¹ Abordando a questão com o mesmo posicionamento é a ADI 4125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento de 10/06/2010, Tribunal Pleno, DJe de 15/02/2011.

¹³² O dispositivo estadual, em sua completude, continha o seguinte texto: “Art. 5º O Chefe do Poder Executivo poderá, mediante decreto, promover as reformas necessárias à adequação dos órgãos, entes e unidades integrantes das suas estruturas básica e operacional, compreendendo: I – criação e extinção, fixando-lhes as respectivas competências, denominações e atribuições; II – vinculação, denominação e estrutura operacional; III – a especificação, o quantitativo e os níveis dos cargos e funções”.

Porém, a existência do regulamento de organização no direito brasileiro não pode ser pensada exclusivamente a partir do art. 84, VI, dispositivo este que abarca uma situação específica de competência do Presidente da República, mas não exaure por completo o poder regulamentar estatal. A criação de direitos e obrigações dos regulamentos precisa ser raciocinada sistematicamente, considerando a necessidade de compatibilização entre a nova concepção de Estado de direito e necessidade de refortalecimento da democracia.

2.5.2. Os regulamentos nas relações de supremacia geral e especial de poder

As relações de supremacia geral dizem respeito ao exercício do poder soberano do Estado frente os administrados, sem qualquer qualificação jurídica que lhe atribua prerrogativas além das deferidas pelo próprio direito positivo. Não há uma relação adicional que qualifique a posição do Estado, de maneira que ele se vale de um poder geral, mas limitado pelas premissas do Estado de direito.

Para Renato Alessi, o exercício do poder estatal nas relações de supremacia geral pressupõe a existência de um poder jurídico, concebido pelo direito objetivo. Este poder, no entanto, não seria necessariamente atribuído à Administração Pública através de um preceito explícito e específico do direito objetivo, admitindo-se que seja de maneira implícita ou genérica.¹³³

Por outro lado, explica o referido autor que o exercício do poder estatal nas relações de supremacia geral de poder se fundamenta sempre no interesse público primário.¹³⁴ Nesta hipótese, o exercício do poder regulamentar só seria legítimo se compatível com o interesse público e observados três principais limites: fundamento explícito ou implícito na lei; observância das normas de forma e competência; e determinação mais ou menos precisa do interesse público que legitima a atuação administrativa.¹³⁵

As relações de supremacia especial de poder, por sua vez, têm fundamento distinto. A relação jurídica é qualificada por uma sujeição especial e pessoal do

¹³³ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 1. ed. Barcelona: Bosch, 1970, p. 181-183.

¹³⁴ Para ele, o interesse público primário corresponderia à soma dos interesses individuais na busca de beneficiar a coletividade, enquanto que o interesse público secundário seria o determinado pelo interesse exclusivo do aparato administrativo, que poderia ou não coincidir com o primário. ALESSI, Renato. **Op. cit.**, p. 184-185.

¹³⁵ ALESSI, Renato. **Op. cit.**, p. 190.

administrado em face da Administração Pública, o que permite uma disciplina mais acentuada, que vai além do poder normal de império do Estado. Existe, portanto, uma relação que ultrapassa o poder de soberania, qualificada por um título jurídico ao qual se submete o particular pela sua própria vontade.

Enterría e Fernandez citam como exemplos de relação de supremacia geral a relação jurídica tributária, imposta aos administrados pela lei, independentemente da sua vontade. Por outro lado, citam-se como hipóteses de relações de supremacia especial: prestação de serviço militar, o funcionário público, o usuário ou concessionário de serviço público e assim por diante.¹³⁶

Renato Alessi sugere como solução para dirimir eventuais dúvidas sobre o enquadramento na supremacia geral ou especial avaliar se existe uma relação que implique contato direto, com caráter de permanência e continuidade, entre o indivíduo e a Administração Pública, que gere necessidade de regular o comportamento do administrado para atingir o interesse público legitimado pelo título jurídico.¹³⁷

Diante deste quadro, a doutrina estrangeira admite que o exercício do poder regulamentar no campo das relações de supremacia especial de poder é mais amplo do que nas relações de supremacia geral, já que, nas primeiras, há um título jurídico que legitima a intervenção mais aprofundada. Santi Romano, nesse sentido, afirma que:

[...] os regulamentos de institutos ou ofícios que têm valor, não só para a autoridade que os emana e órgãos dependentes, mas também para indivíduos que se encontram numa especial posição de subordinação para com o órgão ou o instituto: por exemplo, o público de uma biblioteca, os alunos de um colégio. Estes regulamentos também são internos, porque não têm eficácia além da esfera dos sujeitos que se encontram na posição de supremacia e subordinação, sobre as quais se fundam.¹³⁸

Porém, o poder para edição de regulamentos nesta seara não é ilimitado, devendo-se observar os princípios gerais de direito, os limites formais estabelecidos pelas normas jurídicas de hierarquia superior, a necessidade de motivação mais

¹³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 227.

¹³⁷ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 1. ed. Barcelona: Bosch, 1970, p. 230.

¹³⁸ ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, Tradução de Maria Helena Diniz, p. 352.

explícita e detalhada, permitindo, inclusive, um controle judicial amplo sobre o conteúdo e a forma dos regulamentos.

Como destaca Enterría, o controle da arbitrariedade no exercício do poder regulamentar deve ser amplo, pois os regulamentos devem observar, independentemente do âmbito que pretenda regular, os princípios gerais de direito. Segundo o autor, em qualquer hipótese, os regulamentos não podem: violar direitos fundamentais; ter efeitos retroativos; pretender resultados manifestamente injustos; não serem razoáveis; infringirem a boa-fé; os critérios e *standards* da boa administração; etc.¹³⁹

A submissão da competência regulamentar aos princípios gerais de direito, por exemplo, foi enfrentada pelo Conselho de Estado francês na medida proposta pelo Conselho de Engenharia (*ingénieurs-conseils*) contra o Decreto de 25 de junho de 1947 que, ao regulamentar a profissão de arquitetura em determinados territórios, instituía um monopólio em favor dos arquitetos inscritos na ordem e limitava as suas responsabilidades. Na oportunidade, ficou estabelecido que o exercício do poder regulamentar precisa respeitar os princípios gerais de direito que se impõem a todas as autoridades administrativas, mesmo na ausência de disposição legal.¹⁴⁰

Juan Carlos Cassagne salienta que os princípios gerais de direito não são instrumentos de mero auxílio à interpretação das normas jurídicas, pois servem como verdadeiros limites e garantias da ordem jurídica. Nesse sentido, o poder regulamentar precisa observá-los necessariamente, pois a violação destes preceitos resultaria na ilegitimidade de qualquer norma geral da Administração Pública, independente da categoria regulamentar a que se enquadre.¹⁴¹

O problema específico para este tema é que as relações especiais de poder não se restringem a efeitos internos ao Estado, pois é possível identificar pessoas externas que se submetem a tais relações por vontade própria. Como exemplo, é possível citar a situação da delegação de serviços públicos. O concessionário ou permissionário está submetido à relação especial decorrente do título jurídico que lhe

¹³⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 30, p.131-166, set/dez. 1959, p. 163-165.

¹⁴⁰ LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 561.

¹⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Principios generales del derecho en el derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1988, p. 48.

delegou o serviço, colocando-o sob os influxos do regime jurídico específico e das cláusulas contratuais firmadas com o Poder Público.

Seria possível admitir, portanto, que houvesse regulamentação sobre esta relação, considerando que os seus efeitos seriam externos ao Estado? Poderia, então, o Poder Público editar regulamentos que criassem direitos ou obrigações destinadas aos delegatários do serviço público independentemente de lei? E sobre o procedimento licitatório? Estes são desafios para os que defendem a competência regulamentar ampla nesta seara.¹⁴²

2.6. Os regulamentos em relação à lei

2.6.1. Regulamentos executivos ou complementares

A classificação dos regulamentos em relação à lei decorre da antiga divisão *secundum legem*, *extra legem* e *contra legem*, normalmente utilizadas para designar a natureza dos costumes. Visando estruturar a competência regulamentar em categorias a partir do vínculo entre regulamento e lei, esta divisão foi acolhida para criar os modelos de regulamento executivo ou complementar; autorizados ou delegados; autônomos ou independentes; e de emergência ou urgentes, que possuem fundamento em situações de exceção. Os regulamentos executivos ou complementares correspondem à divisão *secundum legem*, pois pressupõem a existência de uma prévia lei sobre o assunto, de maneira que a competência regulamentar é sempre dependente dela.

O regulamento executivo é uma das primeiras figuras teóricas construídas em tema de competência regulamentar, haja vista que a sua edição é quase sempre admitida expressamente pelos ordenamentos jurídicos.¹⁴³ Tanto é assim que a

¹⁴² Como exemplo da importância prática desta definição, há o caso das concessões e permissões de radiodifusão. Atualmente, estes serviços são regulamentados, basicamente, pelo Decreto 52.795, de 1963 (Regulamento de Radiodifusão), estabelecendo diversos direitos e obrigações sem previsão legal. Para completar, foi editado o Decreto 7.670/2012 e 7.776/2012, os quais inseriram novos direitos e obrigações, inclusive estabelecendo novas características no procedimento licitatório, tudo sem existência de lei prévia sobre a matéria.

¹⁴³ Como explica Quinzacara, “*la denominación de reglamentos ejecutivos constituye, sin duda, la más clásica manifestación de la potestad reglamentaria en los momentos fundacionales del Estado Liberal: los reglamentos ejecutivos o para la ejecución de las leyes son, en efecto, los únicos mencionados en todas las Constituciones europeas del siglo XIX, en cuanto paradigma de la producción reglamentaria, así como los únicos contemplados por su nombre en las leyes generales*”. QUINZACARA, Eduardo

Constituição francesa de 1791, em seu art. 6º, ao vedar a edição de lei pelo Poder Executivo, já autorizava, por outro lado, que fossem elaboradas proclamações conforme a lei, para lhe dar execução. O problema que envolve esta categoria está em definir o conteúdo da expressão “fiel execução da lei”, sob a perspectiva da competência regulamentar e, principalmente, considerando a desmistificação do mito da Administração Pública como serva da lei. A definição do conteúdo desta categoria jurídica passa por discussões e pontos de vistas diferentes.

Maurice Hauriou, ainda redigindo sob os influxos da Terceira República francesa, na qual prevalecia a noção de supremacia do legislativo, entende que a interpretação e a complementação da lei são atividades normais da Administração Pública e que servem ao processo de adaptação dos seus preceitos. Fundamenta-se em um verdadeiro poder natural da autoridade administrativa para garantir a execução da lei.¹⁴⁴ A interpretação e a complementação seriam, nesse sentido, as características fundamentais que definiriam o regulamento executivo.

Criticando a função interpretativa do regulamento, Jorge Manuel Coutinho de Abreu defende que ela perde importância na medida em que a interpretação prevista no regulamento só poderia vincular externamente se estivesse dentro dos moldes do sentido normativo da lei objeto da atividade interpretativa.¹⁴⁵ Assim, seria sempre possível controlar a correção da interpretação jurídica pretendida pelo regulamento e, conseqüentemente, a atividade interpretativa perderia o seu valor, na medida em que estaria sempre sujeita à revisão pelo Poder Judiciário.¹⁴⁶

Quanto à característica da complementaridade, o problema está na inexistência ou não de inovação aos preceitos regulamentares estatuídos em complementação, o que não seria permitido segundo o referido autor. Para ele, os regulamentos executivos se restringiriam a “estabelecer as regras orgânico-processuais para aplicação ou actuação dos preceitos legais; e explicitar técnico-cientificamente os

Cordero. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. **Revista de Derecho de La Pontificia Universidade Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 36, n. 1, p.409-440, jan. 2006, p. 421.

¹⁴⁴ HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 1933, p. 573.

¹⁴⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almeida, 1987, p. 54.

¹⁴⁶ É necessário esclarecer que o autor escreve sob a vigência da Constituição portuguesa de 1976, vigente a primeira revisão constitucional, a qual, em seu art. 112º, §5º já previa o mesmo texto atual, dispondo que “nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”. Isso não prejudica a colocação para o direito brasileiro, já que este também admite a interpretação judicial independentemente da interpretação autêntica ou regulamentar.

pressupostos de facto previstos nas leis”.¹⁴⁷ Nessa linha de pensar, a atividade regulamentar executiva seria instrumental, servindo para promover a execução dos preceitos já estabelecidos em lei, tal como uma norma meramente adjetiva, sem poder criar direitos e obrigações.

A correspondência do regulamento executivo no direito pátrio é apontada pela doutrina a partir do art. 84, IV, da Constituição de 1988,¹⁴⁸ ao conferir competência ao Presidente da República para expedir decretos e regulamentos, visando dar fiel execução à lei. Nesta categoria (regulamento executivo), a doutrina brasileira tende a manter o mesmo conteúdo tradicional a ela destinada, argumentando que o fundamento de validade do regulamento editado com base neste dispositivo é sempre uma lei preexistente e tem por finalidade contemplar “regras mais explícitas destinadas a permitir e a facilitar a aplicação de normas contidas em uma lei”, nas palavras de Marçal Justen Filho.¹⁴⁹

É preciso definir se a execução da lei se dá através de meras repetições do texto legal, se através de especificações dos seus termos, se por meio de complementações das omissões deixadas pelo legislador etc. Para tanto, o próprio conceito adotado para o regulamento influencia neste aspecto.

Nesse sentido, para quem adota, como Enterría e Fernandez, que o regulamento inova no ordenamento jurídico, estabelecendo novas normas jurídicas que lhe integram, o regulamento executivo possuiria um campo de atuação mais amplo. Entendem os autores que esta categoria regulamentar surge quando a lei estabelece princípios básicos (linhas gerais), deixando margem para a Administração Pública desenvolver seus preceitos diante das complexidades da sua atuação administrativa.¹⁵⁰

Diogo de Freitas do Amaral fornece um interessante exemplo compatível com o pensamento de Enterría e Fernandez. Supõe ele a edição de uma lei, na qual se criasse bolsa de estudo a ser concedida pelo governo. Para a concretização do preceito legal, seria necessário determinar as condições para que as pessoas possam

¹⁴⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Op. cit.**, p. 58.

¹⁴⁸ Na atualidade, cabe ainda referir as correspondências expressas existentes no direito português, francês e espanhol para o regulamento executivo: Constituição portuguesa de 1976, art. 199, c; Constituição Francesa de 1958, art. 21; e Constituição espanhola de 1978, art. 97.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 229.

se valer deste direito, tais como, por exemplo, o valor das bolsas e os documentos para instruir o pedido. Uma vez sendo as condições estabelecidas através de regulamento, este estatui, portanto, normas jurídicas inovadoras no ordenamento jurídico, embora sejam limitadas pela previsão legal.¹⁵¹

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, defensor da legalidade administrativa em seu sentido mais restrito no direito brasileiro, o regulamento executivo está relacionado diretamente à discricionariedade administrativa. Enumera o autor duas hipóteses para a sua edição, quais sejam: regras procedimentais para órgãos e agentes administrativos e situações em que a lei estabelecesse preceitos que não pudessem ser compreendidos na sua integralidade, o que ele denomina de “averiguação ou operacionalização técnica”. Nas duas hipóteses, não haveria criação de direito ou obrigação, mas mero exercício da discricionariedade administrativa.¹⁵²

Diante deste quadro, percebe-se que a discussão quanto à potencialidade para inovação no ordenamento jurídico também afeta os regulamentos executivos, principalmente quando se trata da admissibilidade da sua função de complementação. Entretanto, apesar de ser necessário cotejar cada categoria com o direito sob o qual se está analisando, deve-se compreender que a restrição dos regulamentos executivos quanto à possibilidade de inovação é uma discussão que influencia o próprio conceito de regulamento.

A competência regulamentar, enquanto tal, diz respeito à edição de normas jurídicas caracterizadas pela generalidade e abstração. Neste aspecto, existem duas possibilidades: ou há mera repetição das disposições legais ou são editadas novas normas jurídicas e, conseqüentemente, haverá inovação do ordenamento jurídico. O problema, por outro lado, da criação de direitos e obrigações que afetem terceiros, externos ao Estado, é outra problemática que só pode ser resolvida considerando as peculiaridades de cada sistema jurídico.

Porém, as novas perspectivas do direito, a ascensão do Estado regulador, a concepção atual de Estado de direito, a inserção do princípio da juridicidade são, entre outros, elementos que influenciam favoravelmente à flexibilização da competência

¹⁵¹ AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2004, Vol. 2, p. 159.

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 355-356.

regulamentar. Conseqüentemente, os regulamentos executivos também sofrem este influxo e devem ser compreendidos a partir destes novos horizontes.

2.6.2. Regulamentos delegados ou autorizados

Os regulamentos delegados ou autorizados, assim como os regulamentos executivos, pressupõem a existência de lei prévia que delegue ou habilite o Estado a exercer sua competência regulamentar em determinadas matérias. A questão relativa à denominação (delegados ou autorizados) advém da discussão acerca da origem da função regulamentar, isto é, se o deferimento legal da competência significa delegação de poderes legislativos ou simples autorização para regulamentar matérias que estão sob reserva legal.

A abordagem sobre a delegação legislativa já foi objeto do estudo no item 2.4, sendo cabível apenas alguns adendos. Estes regulamentos são assim adjetivados pelo fato de adentrarem em matéria que, inicialmente, não seria de sua competência. Não haveria sentido em se falar de delegação ou autorização de algo que já é destinado à competência regulamentar.

A viabilidade de tais regulamentos é posta em discussão no direito brasileiro como alternativa para se mitigar o pensamento legalista tradicional, que inadmitte o potencial inovador dos regulamentos. Um dos principais entraves para a admissão de regulamentos dessa espécie é que a Constituição de 1988 apenas prevê expressamente a possibilidade de delegação legislativa na hipótese das leis delegadas, através do procedimento ditado no art. 68. Conjugado a isto, também insurge como problema a esta técnica o disposto no art. 25, I, da ADCT, ao prever a revogação de preceitos legais que deleguem competência do Congresso Nacional ao Poder Executivo no que tange à ação normativa.

Nesse sentido, o direito brasileiro não admite a alteração do nível hierárquico do regulamento através de delegação legislativa. Não se permite, portanto, que um regulamento revogue disposição legal, já que a única previsão constitucional para a delegação com este poder é a hipótese de lei delegada, através do procedimento constante do art. 68 da Constituição de 1988. Assim, torna-se difícil sustentar a possibilidade de delegação da função legislativa no cenário brasileiro.

Por outro lado, a autorização da competência regulamentar sobre determinadas matérias se apresenta em outra perspectiva. Na situação dos regulamentos

autorizados, a lei confere ao regulamento a possibilidade de tratar de determinadas matérias, as quais estão previstas, em certo grau de densidade, já previamente na própria lei. É o que ocorre, por exemplo, no direito norte americano, através de interpretação jurisprudencial que se desenvolveu para admitir esta situação.

No Brasil, não existe previsão constitucional ou legal que trate expressamente dos regulamentos autorizados, categoria que está começando a ser vislumbrada e enfrentada na atualidade. No cenário contemporâneo, a ampliação da competência regulamentar é uma realidade, sendo certo que a técnica da autorização legal, com densidade cada vez menor dos preceitos legislativos, é um dos instrumentos utilizados para viabilizar as novas funções do Estado.

O STF chegou a enfrentar, em algumas oportunidades, a questão do regulamento autorizado, sem, no entanto, firmar uma posicionamento uniforme em seus julgados. Em alguns acórdãos, a Suprema Corte restringiu a possibilidade de autorização ao exercício da competência regulamentar além do seu campo ordinário de atuação. Em outros, permitiu-se a técnica aqui referida.

Na já citada ADI 3.232, por exemplo, o entendimento foi pela impossibilidade de autorização, através de disposição legislativa, do poder regulamentar ao Chefe do Poder Executivo para criar cargos e funções, havendo conseqüente aumento de despesas. A situação, segundo o STF, demandaria participação obrigatória do Poder Legislativo, consoante arts. 61, § 1º, inc. II, "a" e 84, inc. VI, "a", todos da Constituição brasileira de 1988. A ideia firmada é que a matéria delegada estaria sob o prisma da reserva legal e, portanto, não poderia ser delegada ao Poder Executivo.

Por outro lado, na ADI 561 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 23/08/1995, Tribunal Pleno, DJ de 23/03/2001, discutia-se a constitucionalidade do Decreto 17/91, o qual inseria inovações na ordem jurídica por autorização do art. 7º, §2º, da Lei 4.117/62, acerca dos serviços limitados de telecomunicações.

Embora não tenha sido conhecida a ação direta, ficou consignado que a Lei 4.117/62 havia outorgado "condições jurídico-legais para [...] estabelecer novas especificações de caráter técnico, tornadas exigíveis pela evolução tecnológica". Nesse sentido, a autorização contida no art. 7º, §2, não seria inconstitucional, podendo-se vislumbrar o eventual regulamento editado como uma espécie de regulamento autorizado.

Apesar destas decisões destoantes entre si, é importante observar que, no RMS 28456/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado em 22/05/2012, DJe

de 08/06/2012, a Primeira Turma do STF entendeu expressamente pela possibilidade dos regulamentos autorizados. No caso em específico, analisavam-se os Decreto 2.536/1998 e a Resolução MPAS/CNAS 46/1994, os quais, autorizados pelas Leis 8.742/93 e 8.909/94, fixavam a exigência de aplicação de vinte por cento da receita bruta em gratuidade para obtenção do direito à imunidade constitucional do art. 150, VI, “c”.

O voto da Ministra relatora enquadrava os referidos regulamentos na categoria de regulamento autorizado e, como tal, admitiu sua existência no direito brasileiro. Este julgado, apesar de ser restrito à Primeira Turma do STF, é um passo importante no tratamento da matéria, pois a competência regulamentar é um tema que ainda carece de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, principalmente para adequar os seus parâmetros à realidade e à função estatal contemporânea.

A função regulamentar, assim, é uma realidade que retrai o modelo tradicional de legalidade administrativa e permite o desenvolvimento de um novo conteúdo, partindo da noção contemporânea de juridicidade, tal como destaca Paulo Otero:

O tradicional modelo de uma legalidade administrativa fechada e rígida, produzindo uma Administração Pública serva da lei através de uma aplicação mecânica ou puramente subsuntiva das soluções contidas em normas legais heterovinculativas, tal como havia sido teorizada em certos sectores liberais, encontra-se hoje desesperadamente ultrapassado: em vez disso, assiste-se a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública que, por esta via, adquire um crescente activismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, conferindo-se uma inerente maleabilidade à legalidade administrativa que vive tempos de erosão do seu habitual e repetido papel puramente vinculativo da actuação administrativa.¹⁵³

O modelo de autorizações legais para a competência regulamentar, no entanto, ainda precisa de estruturação para permitir a compatibilização dos direitos e garantias fundamentais no direito brasileiro. É preciso aprofundar os estudos em torno dos seus limites, estabelecer instrumentos de impugnação hábeis, integrar a participação popular para fornecer legitimidade e assim por diante.

2.6.3. Regulamentos autônomos ou independentes

¹⁵³ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 894.

Os regulamentos autônomos ou independentes provocam polêmica nos Estados em que se mantém a ideia de supremacia do legislativo. Como os próprios adjetivos indicam, essa espécie de regulamento se destaca pela sua independência ou autonomia em relação à lei, ou seja, podem ser editados sem que haja uma lei anterior habilitante. A inovação, portanto, é uma característica inseparável desta espécie, que insere autonomamente normas jurídicas no ordenamento.

Em que pese algumas discussões existentes quanto à nomenclatura (autônomo ou independente), a designação é criada para apontar a desvinculação existente entre regulamento e lei. Não significa dizer que essa espécie regulamentar é destituída de qualquer fundamentação jurídica, mas apenas que não há necessidade de uma prévia habilitação legal.

Como destaca Jorge Manuel Coutinho de Abreu, o ponto principal em relação à definição dos regulamentos autônomos está em verificar se a legitimação para a sua edição advém de uma norma constitucional genérica, até mesmo implícita, ou deve constar de uma lei que estabeleça a competência expressa para a sua edição. Assim, a polêmica decorre diretamente da relação entre lei e o regulamento.¹⁵⁴

Nesse sentido, Jean Rivero destaca que o poder regulamentar autônomo foi inicialmente reconhecido como um poder genérico do Estado de dar execução ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas a uma lei em específico:

Antes do mais foi preciso reconhecer ao Governo um poder regulamentar <<autônomo>>, quer dizer, o poder de regulamentar as matérias de que o legislador não achou dever tratar. Neste caso não se podia evidentemente ligar o regulamento à execução de uma lei, uma vez que, por hipótese, até nem existia nenhuma sobre o assunto. Mas ao menos julgou-se possível fundamentá-lo na execução das leis em geral, que exige sempre um mínimo de ordem no Estado: o regulamento justifica-se pela necessidade de manter esta ordem, sem a qual o conjunto da execução das leis seria comprometido, num domínio negligenciado pelo legislador.¹⁵⁵

Este autor, inserido no contexto francês, demonstra como, neste sistema, o direito evoluiu a ponto de se chegar a reconhecer constitucionalmente matérias de

¹⁵⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 62.

¹⁵⁵ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1981, Traduzido por Rogério Ehrhardt Soares, p. 63-64.

competência destinada exclusivamente à regulamentação pelo Estado, decorrente da evolução histórica vivenciada na França até o advento da Quinta República. Ele defende que há uma verdadeira necessidade de se reconhecer o poder regulamentar estatal independente da lei, pois a ineficiência do Poder Legislativo em acompanhar a evolução econômica e social faz com que o sistema de absoluta reserva legal inviabilize a finalidade do Estado.

Sob outra perspectiva, Ramón Parada, a partir do direito espanhol, argumenta no sentido de que o regulamento autônomo é apenas aquele editado com fundamento direto em autorização conferida pela Constituição, excetuada a possibilidade de regulamentos administrativos, visando à organização administrativa e dos serviços públicos, hipótese em que o poder regulamentar é da natureza estatal.¹⁵⁶

Para outros autores, a característica do regulamento autônomo está no seu potencial para estatuir inovações na ordem jurídica. Este é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que defende a diferença essencial entre o regulamento executivo e o autônomo como sendo a possibilidade que este tem de inovar, enquanto os executivos não teriam tal potencial.¹⁵⁷

As discussões e os diversos pontos de vistas sobre a existência do regulamento autônomo em cada ordenamento jurídico são comuns ao Estado de direito, principalmente onde prevalece a noção de supremacia da lei. É preciso perceber, no entanto, que a admissão dos regulamentos autônomos, bem como os seus delineamentos (matérias que podem ser por ele regulamentadas), só pode ser inferida diante de cada ordenamento jurídico, considerando as suas peculiaridades. É necessário, portanto, avaliar se o direito e a cultura jurídica predominante admitem a existência desta espécie regulamentar.

O debate sobre a admissão ou não dos regulamentos autônomos ou independentes sempre teve força no direito brasileiro, haja vista a inexistência de previsão constitucional expressa para que eles sejam editados. Além disto, a Constituição de 1988, em diversas passagens, dá ênfase ao princípio da legalidade, ensejando uma cultura que prega a aplicação deste princípio em sua concepção mais rígida.¹⁵⁸

¹⁵⁶ PARADA, Ramón. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 57.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 91-92.

¹⁵⁸ Isto pode ser verificado quando se percebe que a Constituição de 1988 só prevê o poder regulamentar em poucos dispositivos, quais sejam: art. 84, IV e VI, para o Presidente da República, e

Apesar disso, Marcelo Caetano entendia pela existência de regulamentos autônomos no direito brasileiro, definindo-os como a competência para determinado órgão “disciplinar a atuação administrativa em certo domínio, nele se podendo mover à vontade desde que respeite as limitações constantes das leis formais, sejam elas quais forem, muitas ou poucas”.¹⁵⁹

O referido autor ainda divide os regulamentos autônomos em três espécies, quais sejam: de organização, processuais e de polícia. Segundo ele, seja para reger relações internas ao Estado, seja para estabelecer normas processuais da relação Administração/administrado, seja para assegurar a concretização do poder de polícia, os regulamentos podem ser editados autonomamente em relação à lei.¹⁶⁰

Até a edição da Emenda Constitucional 32, de 2001, a Constituição de 1988 apenas previa expressamente a possibilidade da edição de regulamentos para a fiel execução da lei, o que corresponde aos regulamentos executivos. Com a precitada emenda, as discussões em torno da existência dos regulamentos autônomos ou independentes retomaram a sua força, pois a alteração do inciso VI do art. 84 conferiu competência ao Presidente da República sem condicionar à existência de prévia disposição legal sobre a matéria, de maneira que começaram a surgir posicionamentos no sentido de que o novo dispositivo constitucional teria inserido, no ordenamento jurídico brasileiro, uma hipótese de regulamento autônomo.¹⁶¹

Os pontos de vistas são dos mais variáveis. Contrariamente à existência do regulamento autônomo, posiciona-se, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a hipótese do art. 84, VI, se trata de situação limitada e que, segundo ele, pressupõe a existência de legislação, ou seja, não existe autonomamente.¹⁶²

Embora o problema seja retomado mais à frente relativamente à problemática, é importante destacar que a discussão quanto à existência dos regulamentos autônomos no direito brasileiro não pode ser confundida com a potencialidade para a criação de direitos e obrigações. A autonomia intitulada para tais regulamentos diz

o art. 87, parágrafo único, II, permitindo a edição de instruções pelos Ministros de Estados. Outros dispositivos constitucionais também são citados para justificar a rigidez do princípio da legalidade no direito brasileiro, como, por exemplo, os arts.5º, II e o art. 49, VI e XI, da Constituição de 1988, além do art. 25, I, da ADCT.

¹⁵⁹ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 101.

¹⁶⁰ CAETANO, Marcelo. **Op. cit.**, p. 100-102.

¹⁶¹ Como já destacado anteriormente, o mesmo dispositivo é também objeto de discussão sobre o seu enquadramento na categoria de regulamento organizacional.

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 336-337.

respeito à relação entre regulamento e lei, isto é, a partir da inexistência de uma legislação prévia para habilitar o exercício do poder regulamentar sobre determinadas matérias.

Não significa afirmar, porém, que apenas os regulamentos autônomos podem criar direitos e obrigações, o que pode ser observado pela polêmica criada em torno da complementaridade do regulamento executivo, da delegação legislativa, dos regulamentos autorizados, da regulamentação das relações especiais de poder e assim por diante. A categoria ora estudada serve na medida em que seja compreendida em sua essência e de acordo com o direito sob o qual está sendo analisada.

2.6.4. Regulamentos de emergência ou de necessidade

Esta categoria (regulamento de emergência ou de necessidade) surge em situações excepcionais, voltadas a solucionar riscos extraordinários.¹⁶³ Como tal, há necessidade de ser prevista expressamente pelo ordenamento jurídico, visando a que não seja utilizada com desvio de finalidade a permitir a instauração do arbítrio e o desfazimento da democracia. O cabimento dessa espécie de regulamento deve ser analisado sempre com acuidade.¹⁶⁴

Citando como exemplo da necessária cautela que se deve ter com esta categoria regulamentar, tem-se o cenário alemão que fundamentou o governo Hitler. Utilizando-se do art. 48 da Constituição Weimar (1919), o estado de exceção foi o fundamento primordial deste governo, que tinha como característica a utilização de tais regulamentos com força de lei.

O referido dispositivo permitia que o então Presidente utilizasse a força armada quando um dos Estados (ciente de que, naquele momento histórico, tratava-se de uma confederação) não cumprisse a Constituição ou as leis. Também admitia quando a segurança pública estivesse seriamente ameaçada ou perturbada, podendo, inclusive, suspender direitos civis parcial ou totalmente. Nessa situação, não se exigia

¹⁶³ PARADA, Ramón. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 57.

¹⁶⁴ Apesar de se referir a “decretos de urgência”, José Cretella Júnior o conceitua como sendo “o ato mediante o qual o Poder Executivo toma providências, que, normalmente, caberiam ao Poder Legislativo, como, por exemplo, no caso de agressão estrangeira, quando verificada no intervalo das sessões legislativas”. CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, Vol. 5, p. 2900.

autorização do Parlamento para que as medidas fossem tomadas, mas unicamente a informação posterior. O estado de exceção foi utilizado por Hitler para viabilizar o seu governo motivando a segunda guerra mundial.

No Brasil, a espécie do regulamento de emergência ou de necessidade não é tão difundida. O assunto não é abordado pelos doutrinadores e pela jurisprudência. No entanto, a correspondência deste modelo no direito brasileiro poderia ser buscada através dos atos normativos editados pelo governo no Estado de defesa e no Estado de sítio, situações excepcionais previstas no Capítulo I do Título V da Constituição de 1988.

O decreto editado com fundamento nestas situações excepcionais inova no ordenamento jurídico, cria direitos e obrigações, inclusive com medidas coercitivas, tudo sem necessidade de uma lei anterior que lhe dê fundamento, apesar da necessidade de observar o procedimento especificado constitucionalmente. A sua fundamentação é direta na Constituição. A justificação deste potencial destinado ao regulamento é a excepcionalidade do momento, por questões de instabilidade institucional.

A polêmica que envolve essa categoria é, principalmente, o seu potencial para estabelecer disposições contrárias à lei, ou seja, *contra legem*, confrontando a primazia legal. Para tanto, também há necessidade de analisar especificamente o direito em se está tratando. No direito brasileiro, o regulamento de emergência tem lugar apenas em duas hipóteses: Estado de defesa e Estado de sítio.

No Estado de defesa, o art. 136 prevê que a sua justificação decorre de “restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. No entanto, o §1º do mesmo dispositivo, ao permitir a edição do decreto para regulamentar a situação excepcional, limita à observância dos “termos e limites da lei”. Portanto, a primazia da lei fica resguardada.

Por outro lado, em relação ao Estado de sítio, a sua declaração depende da ocorrência de duas hipóteses: “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” ou “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”. Apesar da gravidade da situação que poderia justificar uma competência regulamentar

mais ampla, outro óbice transparece quanto à possibilidade de regulamento *contra legem*.

Isso porque, apesar de inexistir o dispositivo que condicione o decreto à lei, a própria Constituição de 1988 se dispôs a indicar as medidas que podem ser adotadas contra as pessoas na vigência do Estado de sítio, conforme se verificar do art. 139. Há ainda a participação do Congresso Nacional, que defere a autorização para ser ele declarado, legitimando o ato.

Apesar da previsão expressa do rol de medidas que podem ser adotadas quanto às pessoas, não há que se negar a inovação do decreto editado. A limitação que existe é quanto às medidas coercitivas relacionadas aos indivíduos, não havendo restrições quanto à edição de demais normas e, inclusive, quanto à edição de normas *contra legem*, razão pela qual é possível incitar a polêmica sobre a sua existência excepcional no direito brasileiro.

3. AS ALTERNATIVAS EM TRÊS MODELOS DIFERENCIADOS: FRANÇA, E.U.A. E ESPANHA

3.1. A escolha dos modelos a serem analisados

Ao trazer à análise modelos estrangeiros, a intenção não é sugerir a importação de institutos ou de estruturas experimentadas em outros países, mas de tentar entender os passos e o desenvolvimento histórico de outros grupos, bem como, a partir destas informações, compreender também o nosso contexto atual. Na análise da competência normativa, os modelos francês, norte-americano e espanhol servem a tal propósito.

A França possui um sistema peculiar de divisão de competências normativas entre o Poder Legislativo e o Executivo. Porém, nem sempre foi assim. O desenvolvimento histórico francês demonstra que, em boa parte das Constituições anteriores, havia um sistema semelhante ao brasileiro, no qual prevalecia a supremacia do Legislativo, remanescendo apenas uma competência normativa mínima em relação ao Executivo. Esta evolução e a alternativa adotada a partir da Constituição de 1958 é o que justifica a escolha do modelo francês.

No que concerne ao direito norte-americano, a escolha se pautou pelo fato de que o sistema atual se assemelha também ao brasileiro. Entretanto, a alternativa adotada pelos E.U.A. trilha um caminho diferente do eleito pela França. Apesar da Constituição de 1787 ter perfilhado também o caminho da supremacia do Legislativo e estabelecido o princípio da separação de poderes aparentemente de maneira rígida, a jurisprudência e doutrina norte-americanas viabilizaram a delegação de poderes como uma via alternativa.

Por fim, no modelo espanhol, o sistema constitucional também se aproxima do brasileiro ao não prever competências normativas autônomas em favor do Poder Executivo. A alternativa para fugir da rigidez constitucional, próximo ao que ocorreu nos E.U.A., foi também a adoção de técnicas específicas de atribuição de competências através do Congresso Nacional.

Assim sendo, a eleição dos três sistemas (francês, norte-americano e espanhol) se justifica pela aproximação com o direito brasileiro e pela diferenciação nas alternativas acolhidas para viabilizar o exercício do poder normativo no âmbito do Executivo. Destaca-se apenas que a pretensão deste capítulo não é aprofundar todo

o desenvolvimento histórico dos referidos países com detalhamentos minuciosos, mas sim fornecer uma base panorâmica para contextualizar a situação brasileira atual.

3.2. O modelo francês

3.2.1. Panorama antes da Constituição francesa de 1958

O modelo constitucional francês, no que se refere à competência regulamentar, é peculiar pelo fato de ter sido objeto de uma construção histórica que modificou a forma de pensar e a própria estrutura de competências normativas. Para compreender este desenvolvimento, sem prejuízo da importância de outros eventos relevantes para o direito francês, dividem-se os momentos vivenciados naquele país em dois marcos significativos: antes e depois da Constituição francesa de 1958.

Após a Revolução Francesa (1789), as constituições que passaram a ser editadas na França privilegiavam a supremacia do Parlamento sobre o Executivo, fixando o que, nas palavras de Michel Verpeaux e Laetitia Janicot, seria um fenômeno de culto à lei, instrumento que se caracterizava pela legitimidade conferida pela representação da vontade popular.¹⁶⁵ O Poder Legislativo poderia, através da lei, abordar qualquer matéria, estando assim legitimado pelo fato de ser o órgão eleito pelo sufrágio universal. O âmbito de utilização dos regulamentos era, portanto, secundário.

Por outro lado, a ampla competência atribuída à lei e a restrição à atividade regulamentar trouxeram algumas dificuldades pela impossibilidade efetiva de serem todas as situações reguladas pelo legislador, tendo em vista suas limitações, tais como o tempo para promulgação de uma lei e a ausência de conhecimentos técnicos específicos. Nesse sentido, apesar de serem poucas e limitadas as previsões constitucionais para a edição de regulamentos executivos, estes eram admissíveis e utilizados na prática estatal, desde que respeitando sempre os preceitos legais. Havia, portanto, hierarquia entre lei e regulamento, detendo a lei uma potencialidade ilimitada para disposição sobre quaisquer matérias.

Na primeira República (1793-1804), inaugurada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pela Constituição francesa de 1791, apenas esta

¹⁶⁵ VERPEAUX, Michel; JANICOT, Laetitia. **Droit public**: pouvoirs publics et action administrative. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 47.

última previa expressamente o exercício do poder regulamentar, ao estabelecer como competência do Poder Executivo expedir proclamações conforme a lei (Capítulo IV, primeira seção, art. 6º).¹⁶⁶ Na Constituição de 1795 (ano III), ainda na primeira República, o art. 144 contemplou a competência para edição de regulamentos autônomos pelo *Directoire*, a quem incumbia o Poder Executivo, desde que tratassem sobre matérias relativas ao poder de polícia, bem como também permitia a elaboração de regulamentos executivos.¹⁶⁷ Esta previsão foi repetida semelhantemente no art. 47 e 48 da Constituição de 1799 (ano VIII), de modo menos explícito, com o golpe engendrado contra o *Directoire* e encabeçado por Napoleão Bonaparte no 18 brumário (10 de novembro de 1799).

Destaca Jorge Manuel Coutinho de Abreu que, após a queda de Napoleão, a Constituição de 1814, apesar de manter a possibilidade de regulamentos autônomos em matéria de polícia no seu art. 14, revelou-se mais restritiva em relação a este poder.¹⁶⁸ Com a Constituição de 1830, retirou-se a previsão de competência para edição de regulamentos autônomos, mantendo-se apenas em seu art. 13 a possibilidade de regulamentos executivos.¹⁶⁹ A partir disto, não houve mais previsão constitucional possibilitando a elaboração de regulamentos autônomos, passando em branco a segunda República francesa (1848-1852) neste aspecto.¹⁷⁰

Todavia, apesar da inexistência de previsão constitucional durante todo este período, o cenário foi aos poucos sendo considerado incompatível com a prática do Estado e com a complexidade das relações sociais e econômicas, principalmente a partir da Revolução Industrial e da adoção de ideologias relacionadas ao Estado

¹⁶⁶ O dispositivo prevê: “*Article 6. - Le Pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution*”.

¹⁶⁷ “*Article 144. - Le Directoire pourvoit, d'après les lois, à la sûreté extérieure ou intérieure de la République. Il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution. - Il dispose de la force armée, sans qu'en aucun cas, le Directoire collectivement, ni aucun de ses membres, puisse la commander, ni pendant le temps de ses fonctions, ni pendant les deux années qui suivent immédiatement l'expiration de ces mêmes fonctions*”.

¹⁶⁸ Fala-se na maior restrição pelo fato de que o referido artigo da Carta Constitucional de 1814 previa a possibilidade de regulamentos que disponham sobre a execução das leis e segurança do Estado, não possuindo um texto mais amplo como nas anteriores constituições: “*Article 14. - Le roi est le chef suprême de l'Etat, il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat*”.

¹⁶⁹ “*Article 13. - Le roi est le chef suprême de l'Etat ; il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution. - Toutefois aucune troupe étrangère ne pourra être admise au service de l'Etat qu'en vertu d'une loi*”.

¹⁷⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almeidina, 1987, p. 63-64.

Social. Ainda na terceira República francesa (1870-1940), Michel Verpeaux e Laetitia Janicot citam decisões do Conselho de Estado em que se reconheceu a validade de regulamentos autônomos em matérias como funcionamento dos serviços públicos e poder de polícia administrativa.¹⁷¹ Apesar de tais decisões, como destaca Enterría, as principais foram as duas *arrêts* de 1904 (*chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemin de fer*) e 1906 (*Babin*), por meio da qual se reconheceu um verdadeiro poder autônomo em relação à organização interior dos serviços públicos e ao poder geral de polícia.¹⁷²

Com isso, a atividade regulamentar da Administração Pública foi sendo ampliada através da aceitação do Poder Judiciário francês, reconhecendo autonomia ao poder normativo estatal em certos aspectos, ou pelo Legislativo, através de autorizações contidas em lei específicas. Durante períodos de crise, em especial próximos à primeira guerra mundial, passava-se a admitir decretos com força, inclusive, para revogar e modificar leis: os conhecidos Decretos-lei. Isto tudo ocorria sob a égide das Leis Constitucionais de 1875, concernente à terceira República francesa, que apenas outorgava poderes ao Presidente da República para assegurar a execução das leis (art. 3º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875).¹⁷³ Destaque-se que, neste mesmo período, Maurice Hauriou já sustentava a existência de um poder regulamentar por natureza, inerente à Administração Pública.¹⁷⁴

Diante deste quadro, a Constituição francesa de 1946 (que entrou em vigor apenas em 1947), editada na quarta República francesa (1946-1958), deixou expressa, em seu art. 13, a impossibilidade de delegação da competência legislativa ao Poder Executivo.¹⁷⁵ Tal dispositivo, porém, foi logo descaracterizado pela Lei de 17 de agosto de 1948, permitindo expressamente o regulamento executivo, bem

¹⁷¹ As decisões citadas pelos autores são: “CE, 4 de maio de 1906, Babin, p. 365; CE, 28 de junho de 1918, Heyriès, GAJA, n.º 32; CE, 9 de agosto de 1919, Labonne, GAJA, n.º 36”. VERPEAUX, Michel; JANICOT, Laetitia. **Droit public**: pouvoirs publics et action administrative. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 48.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 261-262.

¹⁷³ “Article 3. - Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; il en surveille et en assure l'exécution. - Il a le droit de faire grâce ; les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi. - Il dispose de la force armée. - Il nomme à tous les emplois civils et militaires. - Il préside aux solennités nationales ; les envoyés et les ambassadeurs des puissances étrangères sont accrédités auprès de lui. - Chacun des actes du président de la République doit être contresigné par un ministre.”

¹⁷⁴ HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 1933, p. 556.

¹⁷⁵ “Article 13. - L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit.”

como, e aqui é o mais importante, declarando a existência de um poder regulamentar por natureza em certas matérias, com poderes até mesmo para revogar e modificar leis sobre determinados assuntos. Esta situação enseja afirmações como as de Martine Lombard que chega a expressar que esta disposição constitucional proibitiva da delegação legislativa era uma verdadeira ficção, totalmente destoante da prática adotada pelo Estado.¹⁷⁶

Neste contexto revelador da incompatibilidade entre as disposições constitucionais e a realidade prática vivenciada pelo Estado, foi editada a atual Constituição de 1958, a qual, modificando o panorama daquele momento, estabeleceu uma separação de competências entre lei e regulamento bastante peculiar. Pode-se dizer, assim, que a divisão atual fixada na Constituição francesa de 1958 decorreu da experiência histórica precedente, construída a partir das necessidades de adequação do ordenamento jurídico às necessidades do Estado e da sociedade.

3.2.2. A separação de competências na Constituição francesa de 1958

A peculiaridade na modificação estrutural de competências promovida pela Constituição francesa de 1958 decorre do estabelecimento de domínios separados para a lei e para o regulamento, diferentemente do que ocorria nos regimes anteriores que variavam entre soluções e problemas nos conflitos entre esses dois instrumentos. Como se infere das lições de René Chapus, trata-se de uma inovação histórica expressa no texto constitucional que, além de repartir as competências entre o Congresso e o Poder Executivo, neste poder também divide competências entre o Chefe de Estado e o Chefe de Governo.¹⁷⁷ A divisão de âmbitos de competência entre lei e regulamento permite refletir se ainda se mantém a existência de hierarquia normativa entre estes dois instrumentos, já que não existe prevalência de um sobre o outro, apesar dos regimes jurídicos diversos de impugnação em caso de conflito.

O seu art. 34 estabelece matérias¹⁷⁸ em que o tratamento deve ser feito pela lei e a doutrina divide o rol em assuntos para os quais a lei deve fixar princípios e

¹⁷⁶ LOMBARD, Martine. **Droit administratif**. 4. ed. Paris: Dallos, 2001, p. 30.

¹⁷⁷ CHAUS, René. **Droit administratif général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 652.

¹⁷⁸ “Article 34: La loi fixe les règles concernant :les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la

assuntos para estabelecimento de regras, apesar de, como salienta Martine Lombard, não haver um critério preciso sobre esta distinção. Este autor ainda reforça que, além das matérias fixadas pelo art. 34, também a regulação dos direitos indicados no preâmbulo da Constituição exige a utilização da lei (direitos definidos na Declaração de 1978, no preâmbulo da Constituição de 1946 e na carta do meio ambiente de 2004).¹⁷⁹

É de se destacar que, apesar desta reserva legal para determinadas matérias, não se elimina a competência do Poder Executivo para edição de regulamentos com a finalidade de dar execução à lei (regulamentos executivos). Da mesma maneira, também não se proíbe a delegação da competência ao Executivo para tratar da matéria reservada à lei, desde que observado o procedimento constitucional, conforme previsto pelo art. 38, afora a situação das *autorités administratives indépendantes* (AAI's), a serem abordadas no próximo tópico.

A competência regulamentar, por outro lado, é fixada de maneira residual de acordo com o art. 37.¹⁸⁰ Assim, toda matéria não destinada à reserva legal é de competência regulamentar, independentemente de qualquer ato do Poder Legislativo. O exercício deste poder normativo pode ser comparado à categoria indicada pela doutrina como regulamento autônomo e é neste aspecto que a reflexão sobre a permanência de hierarquia entre lei e regulamento se acentua.

Como qualquer âmbito normativo, é possível que haja conflito relativo ao âmbito de competência entre estes instrumentos e que a lei venha a intervir no domínio do regulamento e vice-versa. A solução para o conflito dependerá da hipótese analisada, já que a Constituição determina um regime jurídico diverso para cada situação.

procédure pénale ; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie. La loi fixe également les règles concernant: le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales; la création de catégories d'établissements publics; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État; les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. La loi détermine les principes fondamentaux: de l'organisation générale de la Défense nationale; de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources; de l'enseignement; de la préservation de l'environnement; du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales; du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale."

¹⁷⁹ LOMBARD, Marine. **Droit administratif**. 4. ed. Paris: Dallos, 2001, p. 30-31.

¹⁸⁰ "Article 37: Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire."

Se a lei for anterior à Constituição de 1958, prevê o art. 37 que é possível a edição de decreto com vistas à modificação ou revogação da lei, desde que após prévia consulta ao Conselho de Estado. Caso a lei seja posterior e não haja acordo entre o governo e o legislativo, os arts. 37 e 41 preveem a competência do Conselho Constitucional para dirimir o conflito de maneira preventiva, ou seja, antes da promulgação da legislação.¹⁸¹ É interessante destacar que, na hipótese de invasão da lei sobre matéria regulamentar, o Conselho Constitucional se restringe a declarar tal situação, possibilitando ao governo a edição de regulamento para revogar ou modificar o dispositivo legal.

É preciso destacar que foi editada a Lei Constitucional 724, de 23 de julho de 2008, acrescentando o art. 61-1 à Constituição de 1958 para permitir o controle de constitucionalidade de normas que violem os direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Com a regulamentação do dispositivo através da Lei Orgânica 1.523, de 10 de dezembro de 2009, acrescentando à Lei Orgânica do Conselho de Estado os artigos 23-1 ao 23-12, viabilizou-se o processamento do controle de constitucionalidade.¹⁸²

O direito francês, que não contemplava instrumentos de repressão às normas inconstitucionais posteriormente à sua promulgação, promoveu mais uma reviravolta na cultura jurídica francesa. Como requisitos para a arguição de inconstitucionalidade nos moldes do art. 61-1 da Constituição de 1958, exige-se: norma aplicável ao litígio; não declarada constitucional na fundamentação ou dispositivo de uma decisão do Conselho Constitucional, salvo mudança de circunstâncias; e arguição de inconstitucionalidade fundada.

Assim, seria possível argumentar que, com a modificação constitucional, poderia ser suscitada questão prioritária de constitucionalidade diante da invasão legal sobre a competência regulamentar. Entretanto, de acordo com Marc Guillaume, o novo dispositivo exclui a hipótese de discussão sobre invasão de lei na competência

¹⁸¹ É preciso salientar que, caso a disposição legal seja anterior à Constituição de 1958, não há necessidade de análise pelo Conselho Constitucional. A lei poderá ser revogada ou modificada diretamente por decreto, independentemente de qualquer pronunciamento.

¹⁸² Destaca Marc Guillaume, secretário geral do Conselho Constitucional francês, que a reforma constitucional que incluiu o art. 61-1 à Constituição de 1958 teve por finalidade atingir três objetivos: dar um novo instrumento para fazer valer direitos constitucionais; eliminar disposições legais que contrariem a Constituição; e assegurar a aplicabilidade da Constituição na ordem interna. GUILLAUME, Marc. **La question prioritaire de constitutionnalité**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

regulamentar, já que não se trata de direito ou liberdade constitucional no sentido objetivado pelo art. 61-1. Ademais, existe procedimento próprio de impugnação previsto no art. 41.¹⁸³

Por outro lado, em relação à hipótese de o regulamento vir a adentrar em matéria submetida à reserva legal, a discussão será solucionada pelo contencioso administrativo como qualquer outra matéria, objetivando a anulação do regulamento, já que não existe previsão expressa para competência do Conselho Constitucional ou de outro órgão diverso.

Quanto à competência para edição dos regulamentos, os arts. 13 e 21 da Constituição francesa atribuem o poder normativo do Executivo ao Primeiro Ministro, com a possibilidade de delegação de certos poderes aos ministros, e ao Conselho de Estado, com assinatura do Presidente da República. Porém, de acordo com a decisão do Conselho Constitucional de 20 de fevereiro de 1987 (*Décision* 87-149), a fixação da competência em matéria regulamentar não retira do chefe do Poder Executivo as suas atribuições de polícia geral, diante de situações de emergência. Nas considerações da referida decisão, ficou consignado que o art. 34 da Constituição não retirou do Chefe do Governo as atribuições de polícia geral que ele exercia anteriormente, haja vista se tratar de um poder a ele inerente, próprio da atividade estatal.¹⁸⁴

Ainda em relação ao poder normativo, é importante destacar dois fenômenos vivenciados no direito francês e citados praticamente de forma unânime pelos autores inseridos neste contexto. Trata-se da crítica relativa à perda de qualidade das normas, em virtude do seu aumento quantitativo¹⁸⁵, e o processo de codificação (ou ainda de

¹⁸³ GUILLAUME, Marc. **Op. cit.**

¹⁸⁴ No original, encontramos a seguinte colocação: “*Considérant que si l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du Gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative, l'institution d'une police spéciale de la chasse met en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété ; qu'il suit de là que, dans la mesure où elles confèrent l'exercice de la police de la chasse à une autorité de l'Etat, les dispositions précitées soumises à l'examen du Conseil constitutionnel relèvent du domaine de la loi.*”

¹⁸⁵ José Luis Palma Fernández, citando relatório do Conselho de Estado francês de 1991, aponta que nos primeiros anos da 5ª República francesa, a produção de leis era em torno de 80 leis por ano. Já entre 1965 e 1974, tinha-se uma média de 92 leis anuais. Durante 1982 e 1991, chegava-se já em 108 leis por ano. Em relação à edição de decretos, aponta que durante os anos 60, a média anual era de 550, enquanto que, atualmente, chega em torno de 680 decretos anuais. O Conselho de Estado francês ainda afirma que as principais causas da inflação quantitativa de normas foram: o fortalecimento do Estado de direito, com a intervenção do Estado na vida privada; o desenvolvimento das relações internacionais, com intensiva inserção de normas supranacionais; os movimentos estatais de descentralização e desconcentração; e, por fim, a pressão de grupos setoriais para a publicação de novas normas regulando determinados setores. FERNÁNDEZ, José Luis Palma. **La seguridad jurídica**

unificação) das disposições legais e regulamentares para facilitar o acesso da população.

Em relação à perda de qualidade das normas, foram editadas a Circular de 2 de janeiro de 1993 e de 30 de janeiro de 1997, tendo por objetivo estabelecer regras de elaboração, assinatura e publicação dos textos no jornal oficial. No mesmo sentido é também a circular de 6 de junho de 1997. Estas circulares foram promovidas a partir da crítica sobre a forma e o conteúdo dos atos normativos, com vistas a qualificar a sua produção.

A partir da Constituição de 1958, o Estado francês passa também por um processo de codificação, realizado pelo Executivo com autorização legislativa, por meio do qual se reúnem diversos diplomas, mesmo de natureza diversa, em um só local, com vistas a facilitar o acesso às disposições normativas.¹⁸⁶

Diante disto, percebe-se a importância dada à produção normativa no direito francês, seja pelo Estado, seja pelos próprios destinatários das normas, que analisam e consideram periodicamente a sua situação, adequando-se o seu modelo às necessidades, apesar das raízes sempre tradicionais da França. Neste cenário de adequação e reforma, outro fenômeno que chama a atenção é a inserção das AAI's na França e as discussões suscitadas em torno da atribuição de poderes normativos a este novo instituto.

3.2.3. A inserção do modelo francês de AAI's e sua importância no exercício do poder regulamentar

As AAI's (*autorités administratives indépendantes*) não têm uma ligação histórica na França tão forte quanto ocorreu no direito norte-americano. No entanto, como um fenômeno relativamente recente, elas fomentam cada vez mais debates e isto não é diferente no direito francês. Sem previsão na Constituição de 1958, a sua inserção se dá através de previsões legais e regulamentares, atribuindo poderes específicos e ensejando, com isto, debates sobre a constitucionalidade dos poderes

ante la abundancia de normas. Cuadernos y debates n.º 68. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Barcelona, 1997, p. 26.

¹⁸⁶ Os códigos são compostos por disposições legais e regulamentares, identificadas da seguinte maneira: parte legislativa é precedida da letra "L"; Decretos do Conselho de Estado são precedidos da letra "R"; Decretos simples (outros) são precedidos da letra "D"; Decisões ministeriais são precedidas do artigo "A".

atribuídos, a exemplo do poder regulamentar. A discussão ganha ainda mais força na França, na medida em que o direito administrativo francês é caracterizado por ser tradicional e a importação de modelos (no caso, importação do modelo de agências do direito norte-americano) gera a necessidade de adaptações às conjunturas do Estado.

Autores como Marie-Anne Frison-Roche afirmam que o modelo das AAI's é contraditório à cultura jurídica francesa, na medida em que há uma contraposição cultural em relação ao direito norte-americano, onde elas foram idealizadas e implementadas. A importação deste modelo (apesar de suas adaptações) decorreria, segundo ela, de uma necessidade de descentralizar problemas setoriais que o governo não teria interesse em assumir, afastando as tensões sociais e econômicas, mas que isto contrariaria a cultura tradicionalista e centralizadora.

Todavia, a autora destaca que os motivos da criação das AAI's não se restringiram a esta perspectiva. Afirma que outras razões mais racionais (palavra utilizada pela própria autora) fundamentariam também a importação deste modelo, dentre os quais a liberação de setores específicos, como telecomunicações e energia, e o fato de que o mercado teria mais poderes do que o próprio Estado que pretenderia regulá-lo, se considerado na sua concepção tradicional. Salaria, porém, a necessidade de se reformar e melhorar a formatação das AAI's para adequação às suas finalidades.

No mesmo sentido é também o pensamento de Santiago Muñoz Machado, para quem a atividade regulatória não pode ser vista de maneira estática no direito europeu, mas sim a partir de uma perspectiva de adaptação, já que este novo modelo conduz a uma revisão das diversas reservas tradicionais em favor da Administração Pública. Como afirma o autor, problemas de compatibilização ainda estão sendo debatidos e consolidados.¹⁸⁷

A noção de AAI surgiu inicialmente a partir da Lei de 6 de fevereiro de 1978 que criou a Comissão Nacional de Informática e Liberdades – CNIL (*Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés*).¹⁸⁸ Após isto, houve um aumento

¹⁸⁷MACHADO, Santiago Muñoz. **Derecho de la regulación económica: fundamentos e instituciones de la regulación**. Vol. 1. Madrid: Portal Derecho, 2009, p. 20.

¹⁸⁸ É interessante perceber que, como explica Marie-José Guédon, a qualificação como AAI, tal como ocorre também no direito norte americano, não depende de atribuição expressa pela lei, mas sim da análise da conjuntura normativa, identificando-se a presença de suas características. GUÉDON, Marie-José. **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: L.G.D.J., 1991, p. 12-13.

quantitativamente considerável na criação de AAI's, tanto que, em intervenção do Vice-Presidente do Conselho de Estado, Jean-Marc Sauvé, realizado em fevereiro de 2010 em audiência perante a Comissão de Avaliação e Controle de Políticas Públicas sobre AAI's, relata-se que existiriam, naquela época, já cerca de quarenta autoridades com esta qualificação.¹⁸⁹

Porém, a admissão das AAI's passa por algumas problemáticas discussões, entre as quais a violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio da subordinação da administração, este último típico do direito francês. O princípio da separação dos poderes está enraizado na França, pois, desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já no seu art. XVI, previa-se que toda a sociedade na qual a garantia de direitos não é assegurada, nem a separação de poderes é determinada, não tem Constituição. Por outro lado, o princípio da subordinação da administração também é consagrado na Constituição de 1958, vez que esta, aderente ao regime parlamentarista, prevê que a Administração Pública está à disposição do Primeiro Ministro. Dessa forma, as AAI's, dada a sua característica de independente em relação ao governo, fugiriam desta subordinação, suscitando dúvidas quanto a sua constitucionalidade.

Da mesma maneira, a competência regulamentar das AAI's se sobressai como outro mote para os debates doutrinários e jurisprudenciais. Ante a ausência de previsão constitucional quanto a sua existência, não há também norma que preveja expressamente o seu poder normativo. Ademais, agravando a situação, a Constituição de 1958, em seu art. 21, prevê que a competência normativa do Primeiro Ministro poderia ser delegada aos Ministros, não havendo menção a outras autoridades.¹⁹⁰

Apesar desses debates, o Conselho Constitucional francês entendeu pela constitucionalidade das AAI's em decisão de 18 de setembro de 1986 (Décision 86-217 DC). Nesta mesma decisão, entendeu-se pela possibilidade de delegação de poder normativo às AAI's, inobstante o disposto nos arts. 13 e 21 da Constituição de

¹⁸⁹ SAUVÉ, Jean-marc. **Les autorités administratives indépendantes**. Audition par MM. Christian Vanneste et René Dosière, Députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/les-autorites-administratives-independantes.html>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

¹⁹⁰ Percebe-se, com isso, a semelhança do ordenamento francês com o brasileiro, suscitando questões e dúvidas semelhantes na adoção do modelo norte americano de agências reguladoras, principalmente no que concerne à competência normativa.

1958, desde que respeitadas as leis e regulamentos existentes, bem como fosse observado o quadro da delegação normativa, buscando apenas a sua execução. Como afirma Jean-Marc Sauvé, com o reconhecimento desta situação, as AAI's ganharam legitimidade institucional no direito francês.¹⁹¹ Apesar disto, o poder normativo atribuído a elas ficou limitado e considerado como secundário.

O *Rapport d'Information* da Assembleia Nacional (*Assemblée Nationale*) – 2010, registra como uma das características das AAI's a necessidade de respeitar os limites do poder regulamentar delegado e a sua característica de subordinação e caráter secundário:

Le pouvoir règlementaire des AAI est un pouvoir subordonné à celui du Gouvernement et limité tant dans son champ d'application que dans son contenu. Tels sont les éléments d'une jurisprudence constitutionnelle maintenant bien établie (décisions du Conseil constitutionnel du 18 septembre 1986 et du 17 janvier 1989). C'est la raison pour laquelle peu d'autorités en sont expressément dotées : CNIL, Commission des sondages, CSA, CRE, ASN, AMF et ARCEP. La jurisprudence du Conseil a très vite défini les conditions d'exercice du pouvoir règlementaire des AAI. Le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi ne peut leur être confié que « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements ». Il ne peut s'agir que « de mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Le pouvoir règlementaire des AAI est par conséquent subordonné et second.¹⁹²

O relatório ainda faz recomendação (*Recommandation* n.º 2) no sentido de que sejam limitados e regulados os poderes regulamentares das AAI's, considerando os seguintes parâmetros: definir precisamente na legislação o alcance do poder delegado a cada AAI; abrir a possibilidade para as AAI's encaminharem projetos dos seus atos normativos ao Conselho de Estado para prévia consulta; permitir ao *Commissaire du Gouvernement* solicitar uma segunda deliberação sobre os projetos dos atos regulamentares das AAI's; permitir ao Governo homologar os atos regulamentares das AAI's.

¹⁹¹ SAUVÉ, Jean-marc. **Les autorités administratives indépendantes**. Audition par MM. Christian Vanneste et René Dosière, Députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/les-autorites-administratives-independantes.html>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

¹⁹² ASSEMBLÉE NATIONALE. **Rapport d'Information de 28 octobre 2010**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-ti.asp>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

Nesse sentido, percebe-se que o poder normativo das AAI's no direito francês é realmente restrito, não havendo a mesma liberdade que em outros regimes jurídicos. A competência normativa é exercida em execução à lei e os ordenamentos pré-existentes, de maneira secundária. Essa situação, conjugada com outras peculiaridades do regime próprio das AAI's, enseja críticas sobre a sua existência.

As AAI's não foram pensadas para integrar um modelo já existente na estrutura estatal, como espécies de mera autarquias, mas sim para resolver problemas intrínsecos de acompanhamento do setor regulado, no qual o Estado não consegue dar conta por si só, principalmente no que concerne ao desenvolvimento social e econômico. Para a adoção deste novo modelo, tal como ele é pensado, as premissas tradicionais do direito administrativo francês precisam ser repensados para que as limitações existentes não impeçam a concreção da finalidade para a qual as AAI's foram criadas.

3.3. O modelo norte-americano (E.U.A)

Os E.U.A. servem como referência para a análise deste trabalho principalmente pelo fato de que, apesar de ser um país pautado na ideologia do *common law*, a Constituição norte-americana adotou o princípio da separação de poderes, o presidencialismo e o federalismo (apesar de suas diferenças ontológicas¹⁹³). Além disso, diversos institutos no Brasil são inspirados e, às vezes, propriamente exportados com adequação de algumas peculiaridades.

A Constituição norte-americana de 1787, atualmente vigente, atribui ao Congresso o poder de elaboração normas, não havendo previsão para delegação de poderes.¹⁹⁴ O monopólio da atividade legislativa, aparentemente inserido no texto constitucional, suscitava afirmações de que havia sido adotado, pelos E.U.A., um modelo de separação de poderes rígido, impedindo a mescla de atribuições entre os poderes.

¹⁹³ A diferença ontológica diz respeito ao nascimento da federação nos dois países. Enquanto nos E.U.A. a construção do modelo federalista partiu de uma união entre as treze colônias para obtenção da independência (1787), no Brasil, o Estado é que foi repartido em entes autônomos com a adoção do modelo republicano (1889).

¹⁹⁴ Para verificar isto, basta observar o que dispõe a seção I do artigo I da Constituição americana de 1787, asseverando que "*All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives. The Constitution divides the federal government into three branches, giving legislative powers to a bicameral (two chamber) Congress*".

No entanto, a perspectiva liberal que sempre esteve presente na história dos E.U.A. tornou impraticável manter exclusivamente nas mãos do Congresso o monopólio do poder normativo. Por isto, a doutrina e a jurisprudência (aprofundadas no subtópico seguinte) começaram a criar alternativas e justificativas para fugir deste modelo rígido de separação pensado inicialmente e que, de forma aparente, teria sido adotado em âmbito constitucional. Trata-se, como defende Valentin Thury Cornejo, de uma adaptação de estrutura constitucional decorrente da necessidade de compatibilizar o direito à realidade econômica dos E.U.A. no cenário do *New Deal*.¹⁹⁵

Como uma dessas alternativas, decorrente da necessidade de descentralização da atividade normativa, o fenômeno do surgimento e da expansão das agências se desenvolveu ao longo da história norte-americana, como um viés de escape da tradicional limitação ao Poder Executivo. Destaca Alexandre dos Santos Aragão que o liberalismo e a perspectiva não estatizante foram os motivos principais para a inserção das agências reguladoras independentes no direito norte-americano, a frente dos países da América Latina e Europa Continental.¹⁹⁶

Porém, é necessário salientar que a doutrina e a jurisprudência sobre distribuição de competências normativas no cenário norte-americano, apesar de não se resumir às agências (pois o Presidente dos E.U.A. também exerce atribuições normativas através dos *Executives Orders*), originou-se de casos concretos levados ao Poder Judiciário, ensejando diversas discussões e nuances nos posicionamentos judiciais até hoje. O que chama atenção é que, apesar de adotar a separação de poderes e o presidencialismo, o direito norte-americano viabilizou a atividade regulamentar de maneira ampla, através de uma construção histórica, partindo principalmente de precedentes judiciais que estabeleceram parâmetros para o exercício desta atividade, inobstante as discussões e divergências ainda hoje existentes sobre a matéria.

¹⁹⁵ O autor explica a importância de se estudar o caso norte-americano: "*Ahora bien, ¿cuál es el interés particular de analizar con mayor detenimiento este proceso en la historia estadounidense? La razón es bien simple: estas transformaciones se produjeron bajo el abrigo de la misma Constitución de 1776, que había legitimado las anteriores políticas de laissez faire. En este sentido, este período nos ilustra adecuadamente acerca de los cambios constitucionales que se derivan de la diferente interpretación de las relaciones sociedad-Estado, a partir de la nueva posición del Estado intervencionista. En el caso americano, esta colisión de los principios quedará zanjada a través de una serie de interpretaciones judiciales transformativas, dando lugar a una verdadera reforma constitucional material*". CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y división de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.p. 121.

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 227.

Mas não é possível separar a abordagem sobre o poder normativo no direito norte-americano e a figura das agências, em especial as agências reguladoras. A idealização das agências no direito norte-americano é de tradição secular, razão pela qual os E.U.A. são apontados como o país pioneiro na sua utilização.¹⁹⁷ Apesar de ser corrente o apontamento dos E.U.A. como o nascedouro das agências, é de se ressaltar a existência de críticas, principalmente sob a alegação de que houve forte influência da *common law* da Inglaterra, chegando Marçal Justen Filho a afirmar que poderia ser mais adequado afirmar que “a tradição jurídica anglo-saxã sempre comportou a intervenção regulatória estatal” e, nesse sentido, este fenômeno “importou o desenvolvimento de inúmeras instituições titulares de competência para produzir atos com efeitos normativos gerais ou individuais”.¹⁹⁸

Não obstante, o modelo de agências é de função essencial no direito norte-americano, pois, como afirma Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, as agências são “um dos pilares da administração pública nos EUA e é, normalmente, com a criação delas que o Estado americano procura responder aos anseios de participação do setor público na disciplina da vida em sociedade”.¹⁹⁹ Como não poderia deixar de ser, a análise sobre o poder normativo está intrinsecamente relacionada às agências, especialmente às agências reguladoras.²⁰⁰

Sendo assim, é preciso primeiramente destacar a diferença entre agência e agência reguladora, considerando esta como espécie daquela. A agência, ou *agency*, pode ser configurada como instrumento pelo qual “um sujeito (denominado ‘agente’) desenvolve atividade no interesse de outra pessoa (identificada como

¹⁹⁷ Ainda, Alexandre dos Santos Aragão afirma que “a primeira agência reguladora independente que se tem notícia foi a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887, para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário”. É preciso anotar que o surgimento anotado pelo autor diz respeito a uma agência reguladora independente, sendo certo que, anteriormente a isto, já existiam outras espécies de agências. Por outro lado, salienta o mesmo autor que “estas entidades foram se multiplicando de tal forma que hoje o direito administrativo norte-americano é praticamente confundido com o direito das agências, sejam elas reguladoras ou meramente executivas, independentes ou subordinadas hierarquicamente ao Presidente da República”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Op. cit.**, p. 229.

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 55.

¹⁹⁹CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O moderno direito administrativo: independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 10, p.113-138, 1999, p. 118.

²⁰⁰ O *Federal Register*, órgão responsável pela compilação de documentos e informações nos EUA instituído pelo *Federal Register Act* (1935), indica como existentes atualmente o número de 429 agências. É necessário ressaltar, no entanto, que estas agências se enquadram no gênero *agency* (de acordo com a idealização de simples relação entre agente/principal), podendo ter funções administrativas, executivas ou mesmo regulatórias, variando ainda o nível de dependência em relação ao principal.

‘principal’), nas palavras de Marçal Justen Filho.²⁰¹ Como destaca o autor, a agência, entendida com esta denominação por si só, não se define pela atividade desenvolvida (reguladora ou não reguladora) ou pelo nível de independência. Há criação de um órgão ou entidade para desenvolver determinada atividade, que pode ser ou não reguladora e independente, a depender de suas características. Já a qualificação de agência reguladora, por sua vez, leva em consideração a atividade desenvolvida.²⁰²

Por outro lado, é importante destacar que o nascimento das agências no direito norte-americano não ocorreu de maneira abrupta e homogênea, mas sim através de um processo evolutivo de adaptação às necessidades do Estado e da sociedade. Por esta razão, não existe uma legislação unificadora acerca das agências no direito norte-americano,²⁰³ de maneira que o regime jurídico atribuído a cada uma é definido através da sua lei instituidora, a qual estabelece o seu detalhamento, seus poderes, suas funções, seus objetivos, seu nível de independências e assim por diante:

Ao longo do tempo, as novas necessidades produziram o surgimento de outros serviços estatais. Como resultado, a estrutura governamental nos EUA abrange, nos dias atuais, uma grande quantidade de entidades, de configuração variada. Tal como se passa em todos os países do mundo, a evolução das necessidades políticas, ao longo dos últimos cem anos, propiciou o surgimento de núcleos organizacionais de diversa configuração. Esse processo não foi norteado por normas gerais predeterminadas. Muito pelo contrário,

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 55.

²⁰² O *administrative procedure act* (1946), na *part I, chapter 5, subchapter II, §551*, define as agências em seu gênero, nos seguintes termos: “*For the purpose of this subchapter: (1) ‘agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include - (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; chapter 2 of title 41; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891-1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix;*

²⁰³ Neste aspecto, não só os EUA, mas também os outros países que importaram o modelo de agências também as inseriram através de instrumentos heterogêneos, de acordo com as peculiaridades e necessidades de cada entidade. É possível citar, como exemplo, o próprio caso do Brasil que não possui uma legislação unificada tratando das agências reguladoras, seguindo, portanto, o modelo norte americano. No caso brasileiro, existem projetos de lei (PL 2760/2003, 4030/2012, 5737/2013 e 5442/2013) tramitando em regime de prioridade, mas que ainda não chegaram a ser aprovados. Outro caso de heterogeneidade em relação às agências ocorre no direito espanhol, o qual, segundo Juan María Bilbao Ubillos, não possui um arquétipo ou padrão que garanta uniformidade dos regimes jurídicos, de maneira que estes variam de acordo com as necessidades econômicas ou políticas de cada setor. UBILLOS, Juan María Bilbao. *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*. **Anuário de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 3, p.163-181, 1999, p. 164.

deu-se ao longo do tempo, obedecendo a circunstâncias político-sociais variáveis.²⁰⁴

Neste cenário, surgiu a classificação que destacou as agências reguladoras como espécie do gênero das *agencies*. Levando em consideração a função desenvolvida (função reguladora), foram criadas agências com estrutura para atingir setores específicos, de cunho econômico ou social, concedendo-lhes instrumentos para este fim. Dentre estes instrumentos, ganha destaque o poder para criação de normas jurídicas, afetando diretamente os administrados setoriais.

O reconhecimento da competência normativa das agências reguladoras nos E.U.A. dá-se, normalmente, através das suas leis instituidoras e é essencial para o desempenho do seu escopo. O processo de criação destas normas, denominado *rulemaking process*,²⁰⁵ é também relevante, na medida em que, ao ser regido pelo *Administrative Procedure Act* (1946), estabelece um procedimento para edição das normas e, neste bojo, garante a participação popular no processo, visando à legitimação da competência normativa, procedimento este que será detalhado mais a frente.

Destaca-se que, nos outros países, a criação de normas jurídicas pelas agências reguladoras não possuem a maturação identificada no direito norte americano, com reconhecimento e detalhamento do poder normativo por elas desenvolvido. Yseult Marique, em estudo desenvolvido especificamente sobre o *rulemaking powers* das agências reguladoras independentes, aponta que, no cenário de outros países, a atividade normativa é praticamente marginal, ou seja, não funciona como instrumento primordial da atuação das *agencies*, seja pelas restrições dos modelos constitucionais, seja pela ausência de estruturas legitimadoras desta função. A autora, no entanto, aponta este problema como um verdadeiro paradoxo, pois a criação das agências reguladoras independentes pressupõe a atribuição de instrumentos para o desenvolvimento eficiente de suas funções e, nesse aspecto, é essencial a atribuição de poderes normativos:

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 58.

²⁰⁵ O *rulemaking* pode seguir duas adjetivações: *rulemaking process* e o *rulemaking power*. O primeiro diz respeito ao processo de criação das normas, enquanto que o segundo se refere diretamente ao poder de criação das normas jurídicas pelos entes reguladores.

While QUANGOs²⁰⁶ were supposed to be an alternative to some problems of the traditional State Organisation, they have been established in many cases without a proper adaptation of the normative framework which surrounds them. [...] As a result of the consciousness of the phenomenon, the powers granted to QUANGOs rarely encompass formal rule-making. There is no recognition that such powers require some checks and balances that are not yet there - neither on a theoretical nor a practical level. However, as efficiency, credibility and/or foreseeability are required from QUANGOs, they need instruments that satisfy the expectations of those who are regulated and guide public behaviour. As they rarely enjoy "rule-making" power, they issue instruments without any legal status (codes, guidelines, interpretations). And this can be the problem for the QUANGOs: For all the gray zones surrounding QUANGOs' informal powers (their existence, forms, scope, sanctions, accountability), no clear rules are defined in many cases.²⁰⁷

Nos E.U.A., por sua vez, como Estado precursor do modelo de agências, esta tendência restritiva e limitadora dos poderes das agências não ocorre. A competência das agências no direito norte-americano é amplo e as discussões sobre o seu cabimento ou não partiram de uma construção teórica, corroborada pela evolução da jurisprudência da Suprema Corte, provocada principalmente a partir do século XX, a partir da intensificação da atividade regulatória estatal.

Como destacam Richard J. Pierce Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, o salto na atividade regulatória nos E.U.A. ocorreu durante a gestão do ex-presidente Roosevelt (1933-1945), com vistas a superar a depressão e os efeitos da segunda guerra mundial. Foram instituídas diversas agências reguladoras e intensificada a intervenção estatal, medidas estas que foram denominadas de *New Deal*.²⁰⁸ Porém, ainda após este período, a crescente criação de agências se manteve (como, por exemplo: EPA, OSHA, CPSC, entre outras).²⁰⁹

²⁰⁶ O termo "QUANGO", utilizado pela autora, significa *quasi autonomous non-governmental organizations*, uma das denominações atribuídas às agências reguladoras independentes, com utilização mais característica no Reino Unido.

²⁰⁷ MARIQUE, Yseult. The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ('QUANGOs'). **Electronic Journal of Comparative Law**. Vol. 11.3. December, 2007, Disponível em: <<http://www.ejcl.org/113/article113-30.pdf>> Acesso em: 06 nov. 2013.

²⁰⁸ Como explica Valentin Thury Cornejo, o *New Deal* consiste "*en una serie de medidas dirigidas a combatir la crisis financiera y el desempleo, que se complementarían en el año 1935 con otras medidas, de carácter más organizativo, calificadas como el segundo New Deal*". Continua o referido autor salientando que "*El New Deal significó la asunción de un modelo de Estado burocrático centralizado, lo cual se logró a costa del federalismo y a la sombra de un acrecentamiento del poder presidencial, en lo que ha sido dado en llamar la 'moderna presidencia'*". Valentin Thury. **Juez y division de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.p. 124.

²⁰⁹ PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative law and process**. 3. ed. New York: Foundation Press, 1999, p. 30-34.

A atividade regulatória²¹⁰ foi intensificada no período do *New Deal* e nas décadas seguintes, embora se diga que a tendência atual seja a diminuição da regulação estatal (*deregulation*). Como demonstrativo desta nova situação, o *Federal Register* publica relatório estatístico²¹¹ em seu endereço eletrônico referente a determinados períodos, que permite uma análise quantitativa e parcialmente qualitativa (em relação à intensidade) sobre a atividade regulamentar (propostas apresentadas e regras introduzidas), posterior ao *New Deal*²¹². Os dados abrangem a quantidade de documentos publicados (englobando regras, proposições, entre outros), quantidades de páginas publicadas anualmente, modificações e acréscimos ao *Code of Federal Regulations*, notícias, correções, etc.

Apesar de se visualizar, na maior parte dos relatórios, uma manutenção dos percentuais e médias entre os dados informados ao longo dos anos, o relatório quantitativo de documentos publicados que abrange o período de 1976 até 2012 demonstra uma decaída anual. Em que pesem as discussões sobre os referidos dados, pode-se dizer que a diminuição destes quantitativos é uma decorrência do fenômeno da desregulação (*deregulation*).²¹³

Não obstante essas análises estatísticas, a regulação ainda é um ponto fundamental no direito norte-americano, expressado especialmente pela atuação das agências, com características próprias para o exercício da função regulatória, dentre as quais se destaca o exercício de um poder normativo peculiar. É preciso se dizer, contudo, que este poder não é exclusivo das agências. Nos EUA, há divisão entre o poder normativo exercido pelo Presidente e o exercido pelas agências, sendo que

²¹⁰ Aqui, é importante destacar que os conceitos de regulação e regulamentação são distintos. A regulação compreende o conjunto de medidas para intervenção indireta no âmbito social ou econômico, enquanto que a regulamentação diz respeito à produção de normas jurídicas pelo Estado, que pode ser considerada como um dos instrumentos da regulação. Quando se fala, portanto, em atividade regulatória, quer-se referir à atividade de regulação, sendo a regulamentação apenas um dos seus instrumentos.

²¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FEDERAL REGISTER. . **Federal Register & CFR Publication Statistics – Aggregated Charts.** Disponível em: <<https://www.federalregister.gov/uploads/2013/05/OFR-STATISTICS-CHARTS-ALL1-1-1.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

²¹² O *New Deal* se refere ao conjunto de medidas e programas engendrados pelo governo norte americano para recuperar a economia durante e após a grande depressão (1929 até o fim da segunda guerra mundial). Em termos concretos, o *New Deal* englobava um momento de intensificação da regulação, através, principalmente, da criação de entes reguladores.

²¹³ Como explica Alexandre dos Santos Aragão: “Os E.U.A. saíram de uma situação em que o liberalismo vigia em toda a sua ortodoxia (até cerca de 1887), passaram a uma forte regulação estatal (*New Deal*), gradativamente atenuada após a 2ª Guerra. Na década de oitenta, os EUA sofreram o movimento da *deregulation*, pelo qual se propugnava a extinção ou a diminuição da regulação estatal”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 227.

este último é submetido a uma série de regras que estabelecem um procedimento específico e detalhado (*rulemaking process*). De uma forma ou de outra, o tema perpassa pela discussão quanto à observância do princípio da separação de poderes, contemplado na Constituição de 1787, e também pela delegação de poderes através do Congresso, instrumento criado para flexibilizar as restrições constitucionais ao exercício do poder normativo por órgão diverso.

3.3.1. Separação e delegação de poderes

Já se afirmou que a Constituição de 1787 dos E.U.A. contempla o princípio da separação de poderes sem prever qualquer alternativa expressa para viabilizar o exercício do poder normativo pelo Poder Executivo ou pelas agências. O poder exercido pelo Presidente, em regra, diz respeito à edição de regulamentos executivos, denominados *Executive Orders*, os quais não se submetem ao regramento específico do *rulemaking process* das agências e independem de delegação legislativa.²¹⁴ Por outro lado, as agências exercem competências normativas atribuídas expressamente por lei, caminho este viabilizado a partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial.

A atribuição de poderes inerentes aos três poderes (Executivo, Judicial e Legislativo) em benefício das agências é um dos fatores que ensejam a maior parte das discussões no direito norte-americano, especialmente quanto à constitucionalidade desta delegação (*delegation of authority*), como explicam Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin:

What makes the delegations more dramatic is that agencies typically wield powers that are characteristic of each of the three principal branches of government. Many agencies operate under statutes that give them legislative power to issue rules which control private behavior, and which carry heavy civil or criminal penalties for violations; executive power to investigate potential violations of rules or statutes and to prosecute offenders; and judicial power to adjudicate particular

²¹⁴ Luis S. Cabral de Moncada explica, porém, que “a estrutura altamente descentralizada de produção normativa nos Estados Unidos desvaloriza a presença do executivo como órgão produtor de normas, sabido como é que a delegação de poderes normativos quer ao nível federal quer ao nível estadual pode ser feita a favor de entidades independentes (*comissions*), que nem sempre são públicas e que integram mesmo entidades puramente privadas”. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 631.

*disputes over whether an individual or a company has failed to comply with the governing standards.*²¹⁵

A discussão em torno do *rulemaking power*, especialmente em relação às agências reguladoras, sempre esteve presente no direito norte-americano. Isto porque, como já dito anteriormente, a Constituição americana consagra o monopólio da atividade legislativa em favor do Congresso e privilegia a ideia da separação de poderes. Pode-se constatar tal fato do artigo primeiro, seção primeira, da Constituição de 1787, que fundamenta ainda os argumentos da doutrina contrária à delegação de poderes do Congresso a qualquer outra instituição: a *non-delegation doctrine*.

Desta forma, ante a inexistência de dispositivo constitucional que permitisse expressamente o exercício da atividade normativa pelo governo, a jurisprudência norte-americana foi a principal precursora no estabelecimento de parâmetros sobre o tema. Isto porque, a despeito da inexistência de permissivo constitucional, a produção de normas jurídicas pelo Poder Executivo sempre foi uma realidade, reforçada a partir do advento das agências reguladoras independentes criadas durante e após o *New Deal*.

Esta realidade, conseqüentemente, fez com que diversos casos fossem levados ao Poder Judiciário, o que impulsionou o surgimento de precedentes sobre a matéria, muitas vezes oscilantes e até mesmo contraditórios. Os casos trazidos ao judiciário decorreram, na maioria das vezes, de situações em que a norma instituidora das agências reguladoras atribuía poderes normativos sem estabelecer qualquer parâmetro, ou seja, uma espécie de “cheque em branco” em favor da agência.

De uma maneira geral, é possível dizer que a possibilidade de delegação de poderes do Poder Legislativo foi aceita, variando apenas no que concerne aos limites da delegação (com ou sem parâmetros). Tanto que se afirma que, inobstante esta oscilação jurisprudencial quanto à delegação de poderes, não se pode “negar que a delegação quer a favor do executivo quer de entidades independentes é indesmentível especialmente desde a década de 30”, nas palavras de Luis S. Cabral de Moncada.²¹⁶

Marçal Justen Filho explica que a orientação jurisprudencial foi conduzida especialmente a partir das manifestações de Madison, no sentido de que a separação

²¹⁵ GELLHORN, Ernest, LEVIN, Ronald M. **Administrative law and process in a nutshell**. 4. ed. St. Paul, Minn: West Pub. Co., 1997, p. 9.

²¹⁶ MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 634.

de poderes não poderia ser entendida de maneira absoluta, sob pena de engessamento do Estado:

Ao cogitar da configuração da organização política a ser consagrada na Constituição norte-americana, Madison destacou a ausência de um modelo ortodoxo, único e preciso, de tripartição de poderes – quer na experiência dos diferentes países da época (mesmo da Grã-Bretanha, cuja configuração influenciaria Montesquieu), quer na própria tradição norte-americana posterior à Independência. O exame da organização efetiva adotada nos diferentes casos examinados demonstrava a ausência de uma distinção absoluta de competências entre os diferentes órgãos governativos. Daí Madison extraiu a ponderação de que a separação de poderes não implicava a impossibilidade de relações de controle ou dependência entre os diferentes órgãos estatais.²¹⁷

Sendo assim, os precedentes sobre a matéria sempre admitiram a delegação de poderes, mas variavam quanto à necessidade ou não de fixação de parâmetros, isto é, variavam no que concerne à densidade normativa da lei delegante. Nesse contexto, surgiram oscilações sobre no entendimento da Suprema Corte.

Em precedentes anteriores ao período de intensificação regulatória, já existia posicionamento da Suprema Corte no sentido de admitir a delegação de poderes em casos excepcionais, do que é exemplo o julgamento do caso *Brig Aurora* – 1813.²¹⁸ Em outra decisão - *Buttfield v. Stranahan* – 1904,²¹⁹ a corte passou a exigir a existência de parâmetros legais da atuação regulatória delegada (*standards*). O mesmo posicionamento se seguiu em caso seguinte (*United States v. Grimaud* – 1911),²²⁰ expondo-se ainda que as agências poderiam agregar poderes para estabelecer detalhes da legislação.²²¹

Durante o *New Deal*, os julgados apontam maiores restrições em relação a preceitos legislativos vagos e não delimitados. Entre os precedentes importantes

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 86.

²¹⁸ Na situação em específico, uma lei editada pelo Congresso permitia ao Presidente estabelecer embargo à França e à Inglaterra em casos de violação ao comércio neutro dos EUA. A lei foi considerada constitucional, por tratar de um caso específico e direcionado, justificado pela sua excepcionalidade.

²¹⁹ Neste caso, autorizava-se o Secretário do Tesouro (*Secretary of the Treasury*) a estabelecer princípios sobre a qualidade do chá para fins de importação.

²²⁰ Tratava-se de autorização para o Departamento de Agricultura (*Department of Agriculture*) elaborar regras para conservação da floresta nacional.

²²¹ PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative law and process**. 3. ed. New York: Foundation Press, 1999, p. 50-51

deste período, destaca-se o caso *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935),²²² no qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma norma do *National Industrial Recovery Act*, entendendo-se que a delegação havia sido feita de maneira ilimitada.²²³ Em voto divergente, um dos julgadores – Cardozo - entendia que o diploma normativo contemplava, na primeira seção, as diretrizes necessárias, posicionamento este que serviria de fundamento para decisões futuras em outros casos.

Contrariando estes entendimentos que se formavam no âmbito da Suprema Corte, houve enfrentamento de um caso específico que chamou atenção. Tratava-se da atribuição de poderes à *Federal Communications Commission* (FCC), de maneira ampla, ilimitada e sem quaisquer parâmetros, que chegou ao Poder Judiciário através do caso *National Broadcasting Company v. United States*, julgado em 1943. A orientação adotada no julgamento foi pelo cabimento da delegação de poderes, mesmo sem parâmetros acerca da atuação normativa.

Apesar disto, a orientação adotada posteriormente a este julgado e que predomina de uma maneira geral nos E.U.A. é no sentido de exigir a fixação de parâmetros mínimos (princípios inteligíveis).²²⁴ De acordo com Richard J. Iperce Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, a Suprema Corte tende fundamentar a sua decisão de acordo com a existência de *standards* e analisando a história e a experiência para verificar a concordância entre a norma produzida e a lei que delega o poder legislativo respectivo.²²⁵

Assim, diz-se que hoje há um direcionamento da jurisprudência americana para admitir a delegação de poderes em favor do Executivo,²²⁶ desde que estabelecidos parâmetros mínimos (*standards*) para o exercício desta competência. A dificuldade deste modelo, todavia, é definir quais são esses parâmetros e como eles podem ser identificados. Como afirmam novamente Richard J. Iperce Jr., Sidney A. Shapiro e

²²² Na situação, delegavam-se poderes ao Presidente para proibir transporte comercial de petróleo produzido em excesso ao permitido.

²²³ Este posicionamento também foi adotado em casos como em *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935).

²²⁴ Registre-se que, em oportunidade posterior (*National Cable Television Association Inc. v. United States*), a Suprema Corte decidiu pelo não cabimento da delegação feita à FCC sem parâmetros através de outra lei, voltando ao seu entendimento anterior pela necessidade de fixação de *standards*.

²²⁵ PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative law and process**. 3. ed. New York: Foundation Press, 1999, p. 54.

²²⁶ É preciso destacar, no entanto, que ainda existem algumas discussões quando se aborda o conteúdo da delegação. Assim, por exemplo, a delegação pelo Congresso em favor do Executivo para a edição de normas sobre direitos fundamentais já chegou a ser tida como inválida pelo Judiciário americano, a exemplo do ocorrido no caso *Hampton v. Mow Sun Wong* (1976).

Paul R. Verkuil, “*these broad and vague delegations make it difficult for the judiciary to determine whether an agency has acted within the boundaries of its legislative mandate*”.²²⁷ Existe uma zona indefinida sobre o mínimo de densidade normativa exigida para legitimar a delegação de poderes, que só é identificada caso a caso pela jurisprudência norte-americana.

A utilização da delegação legislativa é uma realidade nos E.U.A. e, em que pese a falta de previsão constitucional sobre esse modelo, não é considerado incompatível com o ordenamento jurídico constitucional:

Pode assim concluir-se que, embora admitindo o princípio geral da necessidade de uma densificação da autorização legislativa a favor do executivo, têm a jurisprudência e a doutrina norte-americanas interpretado tal necessidade de maneira gradualista, de um mínimo a um máximo, de acordo com o teor das matérias sobre que incide a autorização legislativa.

A exigência da limitação da legislação delegada por <<standars>> de carácter substantivo está em pleno acordo com a visão tradicional nos E.U.A. que faz da delegação uma medida necessária à efectivação do poder legislativo do Congresso em vez de manifestação de uma competência legislativa concorrente de que o executivo seria titular. O princípio da coexistência dos poderes estaduais em prol de fins comuns facilita este entendimento.²²⁸

Neste contexto, percebe-se que a adoção do modelo norte-americano, com a aceitação da delegação legislativa pelo Congresso através da fixação de *standards*, provém de uma evolução histórica e jurisprudencial de adaptação à realidade e às necessidades do país. Estes *standars*, que seriam princípios inteligíveis (*intelligible principle*) para prever a atuação normativa futura, apesar de terem sido flexibilizados nas últimas décadas, tendem a ser a fundamentação das decisões jurisprudenciais nos E.U.A..

3.3.2. Uma análise abreviada do *rulemaking process*²²⁹

²²⁷ PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative law and process**. 3. ed. New York: Foundation Press, 1999, p. 36.

²²⁸ MONCADA, Luis S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 638.

²²⁹ O desenvolvimento deste subtópico foi elaborado através de informações obtidas diretamente do *federal register* e do *reg info* (desenvolvido pelo *Office of Menagement and Budget*), da análise dos *administrative procedure act* e dos *executive orders*, além das referências bibliográficas, com as citações pertinentes ao longo do texto.

Ao lado do poder normativo exercido pelo Presidente dos EUA através dos *Executive Orders*, as agências também exercem tal poder, através de um processo específico e detalhado. Assim, como decorrência do *rulemaking power*, apresenta-se o *rulemaking process*,²³⁰ detalhado pelo *Administrative Procedure Act* (APA) e por ordens emitidas pelo Poder Executivo (a exemplo das *Executive Orders* 12.291, 12.498 e 12.886), as quais estabelecem normas sobre o processo para a tomada de decisões regulatórias pelas agências.²³¹ O APA foi editado em 1946 e é utilizado, juntamente com os *Executive Orders*, como exemplo da importância da atividade normativa no direito norte-americano, com garantias de participação dos interessados na tomada de decisão das agências. Deve-se esclarecer, no entanto, que leis específicas podem estabelecer procedimentos diferenciados (como, por exemplo, a exigência de audiências públicas²³²), razão pela qual o procedimento aqui detalhado diz respeito à forma da sucessão de atos para produção dos regulamentos.

Antes de tudo, é preciso esclarecer que o APA considera como agência não só as reguladoras ou independentes, mas sim qualquer autoridade do governo federal dos E.U.A. (excetuadas as autoridades listadas), de maneira que a abrangência do regramento do APA é realmente ampla (§551). As exigências do APA não se restringem, portanto, às agências reguladoras independentes, sendo aplicáveis a outras entidades ou órgãos que tenham por finalidade a produção de normas. Por esta razão, o termo agência será utilizado neste tópico no sentido empreendido pelo APA.

O *rulemaking* se inicia com a decisão de quaisquer das agências em regulamentar determinado assunto, publicando-se a notícia no *Federal Register* e abrindo-se a oportunidade para manifestação do público interessado.²³³ A publicação e a oportunidade para comentários públicos é regra de observância imprescindível ao *rulemaking process* e não uma mera fase formal.²³⁴ O processo também pode ser

²³⁰ Richard J. Iperce Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil colocam o *rulemaking process* como sendo “a legislative-type of hearing where the participation of parties is limited to submitting comments, almost always only in a written form”. PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative law and process**. 3. ed. New York: Foundation Press, 1999, p. 35.

²³¹ O *rulemaking process* é ilustrado informalmente de maneira didática pelo *Office of Management and Budget* no seu endereço eletrônico: <<http://www.reginfo.gov/public/reginfo/Regmap/regmap.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

²³² O A.P.A. só prevê a obrigatoriedade de consulta pública, mas não de audiência, razão pela qual a legislação específica pode vir a exigir também a audiência pública.

²³³ É interessante ainda destacar que as agências publicam anualmente um plano de regulação (*regulatory plan*) e também uma agenda (*agenda of regulatory and deregulatory actions*) duas vezes por ano, os quais são referidos na agenda unificada (*unified agenda*).

²³⁴ Os comentários são levados em consideração de maneira qualitativa, isto é, servem para agregar informações que serão utilizadas pela agência com a finalidade de aperfeiçoar a decisão a ser tomada.

iniciado através do próprio público, por meio da *petition for rulemaking*, a qual também deve ser publicada pelo mesmo veículo.

Todavia, a publicação da notícia no *Federal Register* pode ser dispensada para situações de interpretação das normas já existentes ou para elaboração de normas sobre poder de polícia, organização, procedimento ou prática das agências. A situação peculiar de dispensa da publicação se caracteriza pela existência de justa causa, quando o procedimento do APA for impraticável, desnecessário ou contrário ao interesse público, exceção esta que deixa à agência certo subjetivismo para definir a ocorrência destas situações.²³⁵

É de se ressaltar que, antes de publicar a proposta (*proposed rule*), a agência pode se utilizar de dois instrumentos para obter mais informações e aperfeiçoar a ação objetivada. O primeiro instrumento é a publicação da *Advance Notice of Proposed Rulemaking*, que tem por objetivo a obtenção de informações para melhoramento da proposta. Já o segundo diz respeito à negociação (*Negotiated Rulemaking*) da agência com o público interessado para debater e chegar a um consenso quanto à atuação regulamentar pretendida.

Ainda antes de se publicar a *proposed rule*, esta pode ser submetida ao O.M.B. (*Office of Management and Budget*), diretamente vinculado à Presidência, para revisão caso seja considerado como significativo, de acordo com as hipóteses da seção 3, letra “f” do *Executive Order* 12.866 (1993). É também importante registrar que esta submissão é apenas facultativa para as agências independentes, mas, como registra Alexandre dos Santos Aragão, “por conveniências políticas, pelo menos sete das mais importantes agências independentes a elas aderiram, o que acabou lhes atenuando de fato a independência”.²³⁶

A ampliação de competências do O.M.B. no âmbito regulatório merece destaque, especialmente em face da sua participação no *rulemaking*, permitindo uma espécie de controle político das agências. Conforme explica Fernanda Meirellis e

Desta maneira, uma agência não poderia, por exemplo, ter sua decisão influenciada apenas pela quantidade de manifestações (a favor ou contra), mas sim considerar o conteúdo de cada manifestação sobre a matéria.

²³⁵ O texto do dispositivo no original (§553): “*Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply - (A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or (B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefore in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest*”.

²³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

Rafael Oliveira, esta ampliação “deslocou para o Poder Executivo capacidades importantes de controle político das ARIs por meio de mecanismos procedimentais”.²³⁷

Observados estes passos, finalmente a *proposed rule* é publicada no *Federal Register* e fica aberta para comentários do público interessado (*public comments*). Por outro lado, a realização de audiência pública é discricionária, exceto se for exigido pela legislação específica da agência.

Chegado a este ponto e considerando os comentários do público interessado, a agência prepara o *final rule* e submete novamente à O.M.B. para revisão, caso esteja enquadrado nas hipóteses do E.O. 12.886 (significante). Feita a revisão da O.M.B., a *final rule* finalmente é publicada no *Federal Register* novamente, fase final do procedimento. Porém, o Congresso também tem a sua participação no *rulemaking process*, pois a *proposed rule* é enviada a ele e ao *General Accounting Office* antes de se tornarem vigentes, também para revisão, conforme exigência inserida pelo *Congressional Review Act* (1996).

Este desenvolvimento de atos serve para demonstrar que a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, em especial às agências, reconhecidamente através de decisões judiciais, não adveio de reviravolta abrupta no direito norte-americano. A estrutura atual decorreu de um desenvolvimento histórico construído, debatido e amadurecido, diferentemente do modelo construído no Brasil.

O *rulemaking process*, apesar das críticas existentes, é um instrumento que demonstra a estruturação da premissa do *rulemaking power* destinado a uma autoridade distinta do Congresso. Garantias como a participação dos destinatários das normas são essenciais para legitimar a produção da norma jurídica e assegurar até mesmo maior eficácia na sua aplicação.

3.4. O poder regulamentar no direito espanhol

3.4.1. O tema na Constituição espanhola de 1978

O direito espanhol também chama atenção em uma análise comparativa ao sistema brasileiro. Isto porque a Constituição espanhola de 1978, apesar de prever

²³⁷ ZOUAIN, Deborah Moraes (Ed.). Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, p.545-565, jul. 2006, p. 556.

expressamente o poder regulamentar do Governo em seu art. 97,²³⁸ também estabelece o modelo de supremacia da lei, o que pode ser extraído do próprio preâmbulo do texto constitucional, prevendo o “império da lei como expressão da vontade popular”.²³⁹

A sucessão histórica das constituições espanholas demonstra não haver, como no direito francês, uma substituição abrupta de modelo. Há um desenvolvimento natural de identificação do poder regulamentar no ordenamento jurídico, que leva ao sistema atual com suas controvérsias. Mantém-se, nas Constituições adotadas ao longo da evolução constitucional, um modelo que privilegia a lei em detrimento da competência regulamentar, atribuindo ao regulamento a função central de dar execução à lei. Sem querer aprofundar o tema e os momentos históricos vivenciados na Espanha, cabe uma simples digressão a respeito dos textos constitucionais sobre competência regulamentar.

A primeira Constituição da Espanha foi aprovada em 19 de março de 1812,²⁴⁰ também denominada de *La Pepa*, e surgiu em meio à guerra da independência (1808 a 1814) como uma resposta às intenções invasivas de Napoleão Bonaparte. No texto da referida constituição, já se contemplava o modelo de supremacia da lei (art. 15),²⁴¹ enquanto que o poder regulamentar também estava previsto de forma menos incisiva (art. 16),²⁴² sem previsão de espaço para criação de direitos e obrigações por meio de regulamento ou mesmo de delegação legislativa. A atividade regulamentar se restringia à execução de leis, o que se pode aferir a partir do art. 171 da Constituição de 1812.²⁴³

²³⁸ “Artículo 97: El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

²³⁹ Como faz referência a Sentença 29 de 31 de maio de 1982, proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol: “El sistema de producción normativa en nuestra Constitución se basa en el principio de la supremacía constitucional del Legislativo en cuanto a la elaboración y aprobación de las normas y de la Ley como expresión clara de su voluntad, que se configura a su vez como decisión suprema y primera de la que traen causa todas las restantes de jerarquía inferior. Como consecuencia de lo expuesto, nuestro esquema constitucional no sólo excluye cualquier ámbito de reserva reglamentaria, sino que tampoco concibe una competencia normativa en manos del Gobierno que sea paralela o concurrente con la potestad normativa de las Cortes Generales”.

²⁴⁰ Fala-se também no Estatuto de Bayona de 8 de julho de 1808, mas este diploma não foi considerado uma Constituição espanhola, na medida se trata de uma carta outorgada, editada por José Bonaparte, irmão de Napoleão, na qualidade de rei da Espanha.

²⁴¹ “Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey”.

²⁴² “Art. 16. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey”.

²⁴³ “Art. 171. Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: Primera. Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes”.

O Estatuto Real de 1834, com texto menos extenso do que a Constituição antecedente, apesar de aumentar os poderes do Rei, não trazia expressamente uma disciplina sobre o poder regulamentar. O referido estatuto, com intenção de regular o regime de transição até a maioridade de Isabel II, filha do falecido Rei Fernando VII, não abordou o assunto de maneira clara. O texto tratava, de forma abreviada, de temas básicos de formação e funcionamento do Estado, sem regulamentar, por exemplo, os direitos fundamentais. Porém, o Estatuto Real não durou muito.

Em razão do *Motín de los Sargentos de la Granja*, em agosto de 1836, forçou-se a Governadora do Reino a editar a Constituição de 1837, por meio da qual se restaurava, em boa parte, a Constituição de 1812. A abordagem em relação ao poder regulamentar se manteve da mesma forma que esta Constituição, prevendo a competência do Rei para fazer executar as leis (art. 14 e 47 da Constituição de 1837).²⁴⁴ A Constituição de 1845, com um caráter menos revolucionário, já sancionada pela Isabel II, como Rainha da Espanha, matem o mesmo cenário em relação à competência regulamentar, conforme art. 45.

A Constituição de 1869 marca a inserção da democracia no direito espanhol (com a garantia do sufrágio universal), editada por uma Corte Constituinte, diferentemente das precedentes.²⁴⁵ Em relação ao poder regulamentar, manteve-se o modelo anterior ao prever, no art. 75, a competência para editar regulamentos com vistas ao cumprimento e execução da lei.²⁴⁶

Apesar de desfazer a primeira República espanhola, a Constituição de 1876 também manteve o mesmo sistema no tocante à competência regulamentar, consagrando a supremacia da lei, conforme art. 54.²⁴⁷ Ressalta-se a edição da Lei eleitoral em 25 de dezembro de 1878, estabelecendo pela última vez no direito

²⁴⁴ “Artículo 12. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey”.

“Artículo 47. Además de las prerrogativas que la Constitución señala al Rey, le corresponde: 1. Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes”.

²⁴⁵ Como está destacado no próprio sítio eletrônico do Congresso espanhol, “este ideal democrático enlazaba no sólo con nuestra más pura tradición liberal, anclada en el dogma de la soberanía nacional y representada en los textos de 1812, 1837 Y 1856, sino que también se insertaba plenamente en el contexto europeo, viniendo a ser una manifestación típica de ese espíritu utópico humanitario propio de la década de los sesenta (mezcla de krausismo y socialismo), que parecía destinado a iniciar en España, con veinte años de retraso, una nueva primavera de los pueblos”. ESPANHA. **Constitución de 1869**. Disponível em: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1869>. Acesso em: 18 jan. 2014.

²⁴⁶ “Art. 75. Al Rey corresponde la facultad de hacer reglamentos para el cumplimiento y aplicación de las leyes, previos los requisitos que las mismas señalen”.

²⁴⁷ “Art. 54. Corresponde además, al Rey: Primero. Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes”

espanhol o sufrágio restringido, mas que não afetou o assunto relativo à matéria regulamentar.

A Constituição de 1931, editada por uma Corte Constituinte e dando início à segunda República espanhola, destinou mais dispositivos ao tratamento da competência regulamentar. Os artigos 20 e 79 preveem a competência do Presidente da República para edição de regulamentos, com vista à execução de leis.²⁴⁸ Por sua vez, o art. 90 previu também a competência do Conselho de Ministros para exercer a potestade regulamentar em assuntos de interesse público.²⁴⁹ Por fim, o art. 101 previu que a lei estabelecerá recursos contra ilegalidade de atos ou disposições decorrentes do poder regulamentar.²⁵⁰

Como se observa, a referida constituição, apesar de trazer novidades sobre o assunto, não alterou os limites da competência regulamentar no direito espanhol no texto constitucional, uma vez que condicionou à execução de lei. Não permitiu expressamente, portanto, a edição de regulamentos autônomos ou mesmo a delegação legislativa.

Chega-se, assim, na Constituição de 1978, atualmente vigente, onde centra a atenção para definição do modelo atual. O sistema espanhol apresenta suas peculiaridades que o distinguem dos modelos francês e norte-americano, especialmente pelo caminho trilhado com vistas à ampliação do poder regulamentar. Como se observa, a evolução histórica das Constituições permite verificar que não houve nenhuma ruptura com o tratamento da matéria, sempre submetida à execução da lei, dada a supremacia desta.

É interessante perceber também que a Constituição espanhola de 1978 inseriu a noção de juridicidade (que vai além da mera legalidade tradicional, conforme explicado em capítulos anteriores) em seu art. 9, 1, ao prever que os cidadãos e os

²⁴⁸ “Artículo 20. Las leyes de la República serán ejecutadas en las regiones autónomas por sus autoridades respectivas, excepto aquellas cuya aplicación esté atribuida a órganos especiales o en cuyo texto se disponga lo contrario, siempre conforme a lo establecido en este título.

El Gobierno de la República podrá dictar Reglamentos para la ejecución de sus leyes, aun en los casos en que esta ejecución corresponda a las autoridades regionales”.

“Artículo 79. El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las leyes”.

²⁴⁹ “Artículo 90. Corresponde al Consejo de Ministros, principalmente, elaborar los proyectos de ley que haya de someter al Parlamento; dictar decretos; ejercer la potestad reglamentaria, y deliberar sobre todos los asuntos de interés público”.

²⁵⁰ “Artículo 101. La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder”.

poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico, não se restringindo à lei.

Enterría e Fernandez explicam que o modelo de competência regulamentar espanhol deve ser analisado a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, com foco especial no art. 53, I.²⁵¹ A referida Constituição prevê, ao longo do seu texto, matérias em que se exige a lei em sentido estrito para o seu tratamento. Por outro lado, o art. 53, I, faz exigência genérica de lei, especificamente para tratar dos direitos e liberdades fundamentais. A supremacia da lei no sistema espanhol é, assim, inegável, podendo atingir quaisquer matérias, ao tempo em que o regulamento não pode atuar externamente, afetando relações fora do âmbito interno do ente regulamentador, sem habilitação legal.²⁵²

A exceção à regra (supremacia da lei) fica a cargo da figura do decreto-lei, ainda existente no direito espanhol, especificamente no art. 86, 1, da Constituição de 1978.²⁵³ Apesar de tal previsão, que, nas palavras de Luis Cosculluela Montaner, desvirtuaria aparentemente o sistema tradicional de separação dos poderes, a possibilidade de sua utilização é restrita.²⁵⁴ O poder regulamentar, nesse sentido, continua colocado na Constituição como secundário em relação à lei.

A delegação legislativa foi o instrumento utilizado para permitir a ampliação do poder regulamentar, ante a manutenção do modelo tradicional restrito. Os precitados autores destacam, no entanto, que essa delegação não se trata de transferência do poder legislativo, como a divisão de competências estabelecida no direito francês, uma vez que demandaria alteração da própria Constituição espanhola. Explicam que a delegação apenas amplia o âmbito de atuação do regulamento:

²⁵¹ “Artículo 53: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

²⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 267.

²⁵³ “Artículo 86. 1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”.

²⁵⁴ Como salienta o autor: ““En razón de este valor que podría llegar a trastocar el verdadero significado de la Teoría de la división de Poderes al permitir al Gobierno dictar normas de igual valor que las del Parlamento, la Constitución las regula imponiendo toda clase de cautelas y controles” MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de derecho administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 99.

A lei de delegação opera, pois, sobre a relação lei-regulamento, estendendo o âmbito deste último mediante uma procuração singular referida a um tema e matéria concretos. A natureza jurídica de delegação não é, contra o que pretendida a antiga doutrina, substancialmente de origem francesa, a de uma transferência do poder legislativo à Administração. Tal transferência implicaria numa alteração substancial da Constituição, e já sabemos que não se trata disto – independente do que não estaria em mãos da lei fazê-lo, pois incorreria em inconstitucionalidade.²⁵⁵

Três são as formas de ampliação da competência regulamentar apontadas pelos autores, as quais foram comentadas de forma genérica no tópico 2.4 deste trabalho e que podem ser agora melhor detalhadas. São elas: a delegação receptícia (que se apresenta sob a perspectiva dos textos refundidos e dos textos articulados), a remissão normativa e a deslegalização, sendo que apenas nestas duas últimas há que se falar em competência regulamentar.²⁵⁶

3.4.2. Os instrumentos de ampliação da competência regulamentar

O regulamento de execução à lei (regulamento executivo) sempre esteve presente no sistema constitucional espanhol. Explica Ramon Parada que:

*En justificación de la potestad reglamentaria se ha aducido que su inicial atribución al Monarca como cabeza del Poder Ejecutivo y responsable, por consiguiente, de la ejecución tanto voluntaria como contenciosa de las leyes, presuponía la necesidad del dictado de normas más particularizadas y concretas que las previstas en las leyes; una justificación funcional plenamente vigente, pues ya no se concibe al funcionamiento de las sociedades modernas sedientas de normas sin la exuberante producción normativa de las Administraciones Públicas, a la que no dan abasto los Parlamentos por sí solos.*²⁵⁷

Porém, tal instrumento não se mostra suficiente para dar conta da nova função estatal em face do desenvolvimento social e econômico, especialmente diante das

²⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 272.

²⁵⁶ É interessante destacar que os autores enquadram os três referidos instrumentos no gênero “delegação legislativa”. Entretanto, pelo debate em torno da nomenclatura, que foi enfrentado no capítulo segundo deste trabalho, é preferível fazer referência à ampliação do poder regulamentar, uma vez que se compatibiliza com as hipóteses em que não há transferência do Poder Legislativo propriamente dito.

²⁵⁷ PARADA, Ramón. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 56.

posturas interventivas assumidas pelos Estados na contemporaneidade. A limitação da amplitude dos regulamentos executivos é reconhecida, inclusive, pela jurisprudência espanhola. Como ressalta Luis Cosculleala Montaner, “*la jurisprudencia del TS es abundante en sentencias que establecen la nulidad de disposiciones reglamentarias por excederse en el desarrollo de la ley*”. O autor cita como exemplo as sentenças proferidas em 12 de março de 1983, 18 de dezembro de 1984 e 16 de junho de 1986. A delegação legislativa surge, então, como alternativa a este modelo tradicional restrito, tal como ocorreu em outros sistemas jurídicos.²⁵⁸

Por meio da delegação receptícia,²⁵⁹ há uma alteração do *status* da norma jurídica que será editada pelo órgão diverso do Poder Legislativo,²⁶⁰ Novamente Luis Cosculleala Montaner, afirma que esse instrumento constitui “*el fruto de una colaboración habitual en la producción normativa entre el Parlamento y el Gobierno*”.²⁶¹

É dizer que a norma delegada se enquadra na categoria de lei e tem por fundamento a própria Constituição, a qual autoriza tal procedimento. No caso do direito espanhol, a previsão constitucional se encontra no art. 82.²⁶² Trata-se de hipóteses em que o próprio texto constitucional permite a delegação da função legislativa e, por esta razão, o *status* hierárquico é de lei, podendo revogar, alterar, restringir e ampliar a legislação pré-existente.²⁶³ Esta técnica, no direito espanhol,

²⁵⁸ MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de derecho administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 118.

²⁵⁹ A denominação “delegação receptícia” decorre do seu próprio conceito. A norma delegante envia competência ao outro órgão, o qual edita nova norma que reenvia à norma delegante, passando a compor essa. Faz-se uma comparação, portanto, ao reenvio receptivo do direito internacional privado.

²⁶⁰ Explicando melhor, pode-se afirmar que a norma editada pelo Governo passa a integrar a lei delegante como com o mesmo *status* (de lei), de maneira que não há que se falar no exercício da competência regulamentar propriamente dita. Não há edição de regulamento pelo Governo, mas sim de norma jurídica com hierarquia de lei em sentido estrito.

²⁶¹ MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de derecho administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 102.

²⁶² Uma limitação constante do art. 82, 1, do texto constitucional espanhol é a impossibilidade de a delegação legislativa abranger matérias destinadas às leis orgânicas, conforme art. 81, 1, o qual prevê que “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”.

²⁶³ No caso do direito brasileiro, pode-se apontar como exemplo o uso das leis delegadas, expressamente prevista no art. 59, IV da Constituição brasileira de 1988. Por meio delas, o Poder Executivo pode editar normas jurídicas com *status* de lei, devendo observar as regras do art. 68 do texto constitucional.

pode ser feita através de textos refundidos ou textos articulados, conforme art. 82, 2, do texto constitucional espanhol.²⁶⁴

Os textos refundidos possuem uma característica peculiar, pois, ao invés de apenas visarem à criação de normas jurídicas, têm por finalidade sistematizar textos legais já existentes sobre um mesmo objeto em uma única lei. Objetiva-se, com isso, promover uma unificação do tratamento legal sobre a matéria. Delega-se ao Governo²⁶⁵ esta atividade, através de lei formal.²⁶⁶

Mas não é só. Existe a possibilidade de se regularizar, esclarecer ou harmonizar os textos legais que serão refundidos, conforme art. 82, 5, devendo isto estar autorizado na lei delegante.²⁶⁷ Esta deve apontar o âmbito normativo a que se refere a delegação e esclarecer se existe a possibilidade de ir além de refundir os textos normativos. Seja em um aspecto, seja no outro, percebe-se que não há correspondência deste instrumento no direito brasileiro.

Os textos articulados, por sua vez, apresentam-se com maior abrangência no campo da criação de normas jurídicas. Isso porque há inovação no ordenamento jurídico no que diz respeito ao conteúdo do texto legal, a ser criado pelo Governo. Neste caso, exige-se que seja editada uma lei de bases, que deverá determinar de modo concreto e expreso o âmbito da delegação, para que seja exercida em prazo também determinado na lei delegante, tudo em conformidade com o art. 82, 3.²⁶⁸ Tal artigo proíbe expressamente a delegação implícita ou por tempo indeterminado, bem como a subdelegação a autoridades que não o próprio Governo.²⁶⁹

²⁶⁴ O dispositivo prevê que “*La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.*”

²⁶⁵ A palavra “Governo” aqui é utilizada nos moldes estabelecidos pela Constituição espanhola de 1978. Como dispõe o art. 98, 1, deste diploma, o Governo é composto do “*Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley.*”

²⁶⁶ No direito brasileiro, a Lei Complementar 95/98, sem seu art. 13 e seguintes, permite a consolidação de textos legais. No entanto, diferentemente do direito espanhol, o Poder Executivo elabora um projeto de lei e submete à apreciação do Congresso Nacional, não havendo delegação de poderes.

²⁶⁷ O art. 82, 5, prescreve que “*La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.*”

²⁶⁸ Neste cenário, percebe-se que este instrumento se assemelha ao modelo norte-americano, apesar de neste ter sido uma construção jurisprudencial, enquanto que, no direito espanhol, há expressa previsão no texto constitucional.

²⁶⁹ Artículo 82, 3, “*La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.*”

O art. 82, 4, reforça ainda que a lei delegante deve estabelecer com precisão o objeto e o alcance da delegação, além dos princípios e critérios que devem ser observados no exercício da atividade delegada.²⁷⁰ Proíbe-se ainda, no art. 83, que o Governo, no exercício do poder delegado, modifique a própria lei de bases ou dite normas com caráter retroativo.

Ressalte-se que tal espécie de delegação, seja em relação aos textos refundidos, seja no que concerne aos textos articulados, não é utilizada de forma tão recorrente quanto às demais modalidades, normalmente pelo seu procedimento mais dificultoso ou mais moroso. Isso porque o interesse do Poder Executivo em editar normas jurídicas é dar maior celeridade à regulamentação de assuntos que, via de regra, não são regulados em tempo pelo Poder Legislativo. Esta dificuldade ou mora causa entraves ao principal objetivo dos movimentos de ampliação do poder regulamentar, que é o acompanhamento do desenvolvimento econômico e social.

A delegação receptícia, em qualquer de suas espécies, esgota-se com a publicação da norma pelo Governo, não sendo possível a este refazer ou modificar a norma já editada sem que haja nova delegação. Assim, apesar de ser utilizada na prática do direito espanhol, ainda assim não ganha tanta atenção quanto às demais espécies de delegação legislativa.

A remissão normativa, por sua vez, nas palavras de Enterría e Fernandez, ocorre quando “uma lei reenvia a uma normação ulterior, que há de elaborar a Administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação que a própria lei estabelece”.²⁷¹ A denominação decorre, portanto, da remissão feita pela lei a outro instrumento normativo, o qual, neste caso, trata-se do regulamento propriamente dito (exercício do poder regulamentar), diferentemente do que ocorre na delegação receptícia.

Nesta hipótese, exige-se a edição de uma lei que faça a remissão à norma complementar, assemelhada à lei de bases prevista para a delegação receptícia. No entanto, a lei delegante não tem por finalidade principal a delegação, de maneira que, em regra, chega a regular diretamente o assunto, deixando apenas espaços para complementação através do poder regulamentar.

²⁷⁰ Artículo 82, 4: “*Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio*”.

²⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 289.

Outra diferença entre a remissão normativa e a delegação receptícia é que aquela não se esgota em uma única norma, podendo ser exercido o poder normativo a qualquer momento, enquanto vigente o texto remetente. Nesse sentido, é possível haver revogação ou alteração do regulamento editado em decorrência da remissão normativa. Ademais, este instrumento não fica limitado à delegação em favor do Governo, podendo operar em benefício de órgãos inferiores.

O interessante é que o instrumento da remissão normativa não está previsto na Constituição espanhola de 1978, diferentemente do que ocorre em relação à delegação receptícia. O fundamento é o poder geral conferido pelo art. 97 do texto constitucional. Trata-se de uma prática admitida no direito espanhol, considerando o exercício do poder regulamentar em face da autorização legislativa. Isso, contudo, não exclui a possibilidade de controle sobre este poder, conforme será explicado no próximo subtópico.

Por fim, a deslegalização, que se aproxima em parte da remissão normativa, configura-se quando a lei delegante, sem regular o assunto objeto da delegação, que vinha sendo objeto de lei anterior até este momento, habilita o poder regulamentar da Administração Pública a regradar o tema através de regulamento. Há uma alteração da categoria normativa que, antes regulado o assunto por meio de lei, passa a haver autorização para o regulamento tratar da matéria com possibilidade, inclusive, de revogação da lei antecedente.

A atividade desenvolvida pela Administração Pública é o exercício do poder regulamentar. Este, sem a lei delegante, não poderia tratar do tema através de regulamentos. Com a modificação da categoria normativa cabível, há uma ampliação da potestade regulamentar.

Enterría e Fernandez esclarecem, no entanto, que a deslegalização não pode ocorrer em relação às matérias que, pelo texto constitucional, são objeto de reserva legal. Do contrário, haveria uma burla à própria competência normativa estabelecida na Constituição. Nesse sentido, cita como exemplo a Sentença 37/1981, de 16 de novembro, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 3/1981, de 12 de fevereiro, sobre os Centros de Contratação de Cargas em Transportes Terrestres de Mercância. Na hipótese, a referida lei permitia ao Governo estabelecer os detalhes para estabelecimento de tributo (na situação, taxa) sobre o serviço ali desenvolvido, sem que a lei habilitante tivesse regulado o assunto. Por este motivo, o Tribunal Constitucional espanhol entendeu que *“la Ley impugnada, que se limita a hacer una*

remisión en blanco al correspondiente Reglamento, según antes se señala, no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional".

Assim, a deslegalização em matérias objeto de reserva legal vem sendo coibida no direito espanhol, apesar de ser normal a discussão do assunto quando se está a analisar estes instrumentos. Prevalece, especificamente neste assunto, a supremacia da lei, tal como propugna o texto da Constituição espanhola de 1979.

Com isso, percebe-se que o direito espanhol, como vem acontecendo na maioria dos países, adotou uma forma de solucionar os entraves à ampliação do poder regulamentar, utilizando-se de instrumentos de delegação. Paralelamente a isso e como forma de impedir a arbitrariedade no exercício da competência regulamentar, é estabelecida uma forma de controle consentânea com o modelo adotado.

3.4.3. O procedimento de elaboração de normas regulamentares e instrumentos de controle

Em que pese a construção da teoria que admite a ampliação do poder regulamentar através da técnica de delegação legislativa, é preciso ressaltar que o direito espanhol convive, paralelamente, com procedimentos para elaboração dos regulamentos e meios de controle no que se refere aos seus aspectos formais e materiais. Nesse sentido, o regulamento não é visto como um poder ilimitado e arbitrário disponível ao Poder Executivo. Como afirma David Blanquer "la potestad reglamentaria no es una potestad soberana pero tampoco tiene carácter reglado sino que se caracteriza por reconocer a la Administración un margen más o menos amplio de discrecionalidad".²⁷²

A Lei de 17 de julho de 1958, conhecida como a "Ley de Procedimiento Administrativo", estabelece no capítulo primeiro do título VI o procedimento para elaboração de disposições e caráter geral. Todavia, a referida lei sofre derrogações da Lei 50, de 27 de novembro de 1997, as quais precisam ser analisadas e compreendidas em conjunto. Sem entrar em maiores detalhes sobre o procedimento de elaboração das normas regulamentares, é interessante citar algumas disposições.

O art. 130, 4, da Lei de 17 de julho de 1958 estabelece necessidade de prévia manifestação, sempre que possível, de entidades representativas de interesses

²⁷² BLANQUER CRIADO, David Vicente. **El control de los reglamentos arbitrarios**. Madrid: Civitas, 1998, p. 72.

públicos passíveis de serem afetados com a disposição normativa pretendida.²⁷³ Instrumentaliza-se, com isso, a consulta pública aos interessados diretamente afetados, permitindo participação setorial na construção do regulamento. Da mesma forma, o inciso 5 do art. 130 também prevê a submissão do projeto à informação pública, a juízo do Ministro respectivo ou quando a natureza da disposição normativa aconselhe tal procedimento, ou seja, uma espécie de audiência pública, ainda que sem maiores detalhamentos.²⁷⁴

A Lei 50, de 27 de novembro de 1997, por outro lado, traz disposições mais específicas sobre o procedimento de elaboração da norma regulamentar. Logo em seu art. 23, após prever a submissão dos regulamentos à Constituição e à lei, o inciso 2 determina que os regulamentos não podem adentrar ou violar matérias reservadas à lei (reserva legal), bem como, sem prejuízo da competência de dar mera execução à lei, não pode tipificar delitos, faltas ou infrações administrativas, estabelecer penas ou sanções, assim como tributos ou outras prestações pessoais ou patrimoniais de caráter público. Ainda neste aspecto, proíbe a violação de norma editada por autoridade de hierarquia superior.

O início do procedimento de elaboração normativa se dá através da apresentação de um projeto normativo, que deverá ser acompanhado de um informe expondo a necessidade e oportunidade da pretensão, além de memória com a estimativa dos custos. Deverão ser apontadas também as disposições prévias existentes, com estudos e consultas para garantir o acerto e a legalidade do texto, evitando eventuais abusos.

Interessante disposição é a que consta do art. 24, 1, “c”, ao prever que os textos que afetem direitos e interesses legítimos dos cidadãos serão precedidos de audiência, durante prazo razoável e não inferior a quinze dias,²⁷⁵ diretamente ou através de organizações e associações reconhecidas por lei que os representem e que tenham a finalidade vinculada ao assunto da disposição normativa. Salienta-se

²⁷³ Art. 130, 4: “*Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto*”.

²⁷⁴ Art. 130, 5: “*Cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale*”.

²⁷⁵ Este prazo pode ser reduzido para sete dias quando razões de interesse público, devidamente motivadas, justifiquem a diminuição (art. 24, 1, “c”). Por outro lado, o processo de audiência pode ser substituído quando as organizações ou associações já tiverem se manifestado previamente nos estudos preliminares (art. 24, 1, “d”).

ainda que não basta a mera audiência, tal como se fosse uma formalidade, haja vista que se exige a devida motivação em expediente a ser publicado. Quando a natureza da disposição recomendar, deverá ser submetida também à informação pública durante prazo indicado. A entrada em vigor do regulamento só é possível com a publicação no Boletim Oficial do Estado.

Sem maiores detalhamentos, já se verifica que há uma normatização mínima sobre o exercício do poder regulamentar a garantir uma padronização e, mais importante, a participação dos afetados pelas normas jurídicas estatais, não como uma faculdade, mas sim como um dever da Administração Pública. As normas procedimentais servem para garantir uma padronização na elaboração normativa e evitar surpresas e abuso do poder regulamentar, no que surge com maior importância o controle deste poder.

É a própria Constituição de 1978 que prevê, em seu art. 106, que os tribunais “controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”, no que é completado pelo art. 26 da Ley 50, de 27 de novembro de 1997. O interessante a observar é a amplitude do controle da atuação regulamentar, que se dá no âmbito do contencioso administrativo, mas não fica adstrito às limitações formais e materiais expressamente constantes da legislação, abrangendo também, por exemplo, a necessidade de observância dos princípios gerais de direito. Como defendia Enterría antes mesmo da Constituição espanhola atual, a ampliação do controle para uma perspectiva mais geral, com análise até mesmo da compatibilidade com princípios gerais de direito, serve como instrumento de interdição da arbitrariedade da Administração Pública:

La idea de la interdicción de la arbitrariedad es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmeditamente, por ello mismo, al plano de valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo, que se contraponen sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas, y tiene a la vez la misteriosa mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios) que es peculiar de los auténticos principios de derecho.²⁷⁶

²⁷⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 30, p.131-166, set/dez. 1959, p. 162-163.

Neste cenário, é possível observar que o direito espanhol, apesar de abarcar técnicas de delegação legislativa, possui controle formal e substancial do poder regulamentar, através do estabelecimento de um procedimento para elaboração normativa e aprofundamento do controle de eventuais arbitrariedades. Assim, a construção teórica que permite falar em ampliação da competência regulamentar não ocorre de maneira aleatória e abrupta, mas sim de forma sistemática e estrutural.

Diferentemente é o que ocorre atualmente no Brasil. No âmbito nacional, tem-se uma modificação da prática administrativa, com a intensificação da atuação regulamentar, sem que se promova a devida sistematização legal, doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto. Esta divergência ocasiona incompatibilidade entre a função estatal e a teoria regulamentar.

4. ASPECTOS GERAIS DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. O tema nas Constituições brasileiras

A evolução constitucional do tema relativo ao poder regulamentar no direito brasileiro acompanha os regimes vigentes em cada momento histórico. A Constituição de 1824, imposta por Dom Pedro I, cria um poder superior ao Legislativo, Judiciário e Executivo, denominado Poder Moderador. A referida Constituição, apesar de atribuir competências importantes a tal poder (art. 101), bem como ausência de responsabilidade do Imperador (art. 99), não prevê expressamente o poder regulamentar como sua atribuição.

A competência normativa da Administração Pública só é prevista expressamente ao Poder Executivo, exercido também pelo Imperador, mais especificamente no art. 102, inciso XII, ao dispor como sua competência: “expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados à boa execução das Leis”. Não existe expressamente no texto constitucional a atribuição de um poder regulamentar autônomo do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Moderador, o que não impedia a sua utilização, inclusive além dos limites constitucionais.

Apesar deste contexto normativo-constitucional, Vicente Pereira do Rego, escrevendo sob a égide da referida constituição, já destacava a existência da categoria dos regulamentos de Administração Pública, os quais, segundo o autor, seriam aqueles editados pelo Chefe do Estado em virtude de delegação do Poder Legislativo. Salieta ainda que os regulamentos, tendo em vista a sua importância, deveriam ser submetidos ao Conselho de Estado para parecer sobre a matéria antes da sua promulgação.

Além disso, o autor referencia também a inexistência de uma delimitação do âmbito de competência entre a lei e o regulamento. Em que pese a dificuldade de tal distinção, ele propõe uma divisão com base na matéria veiculada pelo do regulamento, ao aduzir que à lei pertenceriam as providências permanentes e duráveis, que interessassem à generalidade dos cidadãos, enquanto que à categoria

do regulamento seria atribuída a função de introduzir normas passageiras, que exigem decisão imediata e conhecimentos técnicos.²⁷⁷

José Antônio Pimenta Bueno, conhecido como Marquês de São Vicente, também na mesma época, já apontava os problemas da delegação (ou, nas palavras do autor, subdelegação²⁷⁸) do poder normativo em prol do Poder Executivo, chegando mesmo a considerar como “uma aberração que cumpre aniquilar”. Para ele, “um mandatário ou procurador não pode subdelegar a comissão que lhe foi confiada, senão quando os seus constituintes ou mandantes derem-lhe para isso poder expresso e especial”.²⁷⁹

A Constituição de 1891, decorrente da proclamação da República em 15 de novembro de 1889, promoveu diversas mudanças no direito brasileiro, mas não trouxe novidades relevantes em relação ao poder regulamentar.²⁸⁰ Manteve-se a previsão da competência, agora atribuição do Presidente da República, para “expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução” (art. 48, I). Previu ainda o princípio da legalidade de forma expressa, tal como consta do texto da Constituição atual, ao dispor que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 72, §1º).

Comentando a Constituição de 1891, especificamente o art. 48, I, João Barbalho Uchôa Cavalcanti salienta que o âmbito da expressão “fiel execução de lei” restringe expressamente a competência regulamentar, que deve observar a lei regulamentada em todos os seus termos, não podendo ir além ou alterá-la. Defende

²⁷⁷ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro, comparado com o direito administrativo francez, segundo o methodo de P. Pradier- Foderé**. 1. ed. Recife: Universal, 1857, Tomo I, p. 13-15.

²⁷⁸ O autor se refere à subdelegação, na medida em que, segundo a Constituição de 1829, o Poder Legislativo é delegado à Assembleia Geral. A subdelegação seria, portanto, a transferência do poder, agora ao Executivo.

²⁷⁹ Afirma ainda o autor que “os povos escolhem os seus representantes pela impossibilidade que a nação tem de fazer as leis por si mesma; conseqüentemente esses mandatários não vêm exercer direitos próprios de que possam dispor a seu arbítrio, sim direitos alheios, que devem sustentar segundo as condições da comissão que receberam. São apenas órgãos, e únicos legítimos e exclusivos, porque ninguém pode legislar senão aqueles que receberam danação essa delegação nacional, que é especial, e por sua natureza intransferível, incomunicável”. SÃO VICENTE, José Antonio Pimenta Bueno. **José Antônio Pementa Bueno, Marquês de São Vicente**. São Paulo: Ed. 34, 2002, Organização e introdução de Eduardo Kugelmas, p. 97-98.

²⁸⁰ É possível citar como inovações importantes da Constituição de 1891 a ampliação do sufrágio (apesar de ainda restrito, conforme art. 70, §1º), a separação entre a igreja e o Estado (art. 72, §7º), a previsão constitucional do *habeas corpus* (art. 72, §22), que antes havia sido introduzido via norma infraconstitucional e a forma federativa de Estado e a forma republicana de governo (art. 1º), entre outros.

ainda o autor, já nessa época, que deveriam ser assegurados instrumentos para controle de eventuais abusos.²⁸¹

A Constituição de 1934, como expressão da Segunda República brasileira e com a marca de Getúlio Vargas, previu diversos direitos de segunda geração (direitos sociais), mas também manteve inalterado o texto em relação à competência regulamentar. O art. 56, §1º, estabeleceu a competência do Presidente da República para “expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”, fixando também competência aos Ministros de Estado para “expedir instruções para a boa execução das leis e regulamentos”. Em contrapartida, previu a competência do Senado Federal para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais” (art. 91, II), uma forma de controle político da competência regulamentar.

Victor Nunes Leal destaca que o problema referente à prática recorrente do uso de delegações legislativas existia tanto no regime imperial como no republicano, apesar de tal prática ser combatida por vezes com base no princípio da separação de poderes.²⁸² Por esta razão, a Constituição de 1934, de forma inovadora, em seu art. 3º, §1º, vedava expressamente a delegação de poderes entre o legislativo, executivo e judiciário, preceito este que não foi repetido nas constituições posteriores.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas instalou o Estado Novo, ao revogar a Constituição de 1934 e outorgar uma nova Constituição, agora inspirada na ideologia fascista, suprimindo diversos direitos antes previstos no texto constitucional.²⁸³ Em que pese haver previsão da atribuição regulamentar do Presidente da República para a execução de leis (art. 74, a), a decretação do estado de emergência dava liberdade a tal autoridade para expedir decretos-lei, os quais podiam, nos termos do art. 13, ingressar em matéria reservada à lei.²⁸⁴

²⁸¹ Afirma o autor que “taes precauções são suscitadas pela facilidade e frequência de abusos do poder executivo neste particular, os quaes aliás não seriam tantos e tamanhos, sem a complacência das camaras legislativas, que não só toleram a usurpação, mas vão ao ponto de autorisal-a por leis, trahindo assim sua missão e fomentando o arbitrio e demasias do executivo”. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada**. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 185.

²⁸² LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. 1. ed. Brasileira: Ministério da Justiça, 1997, Vol. 1, p. 58.

²⁸³ Como exemplo, suprimiram-se a liberdade de imprensa (art. 122, 15, a), permitiu-se a eleição indireta do Presidente da República (art. 84) e dos deputados (art. 46), possibilitou-se a suspensão da imunidade parlamentar (art. 169), entre outros.

²⁸⁴ “Art. 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à

Apesar de ter sido utilizado o estado de emergência para justificar os atos do regime autoritário praticados, permitindo ao Presidente da República a adoção dos decretos-leis de forma abrangente, a Constituição de 1937 possuía outras passagens interessantes sobre o poder regulamentar, sem precedentes nos textos constitucionais anteriores. Primeiramente, o art. 11 estabelecia que a lei se limitaria a “regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto”, enquanto o Poder Executivo expediria regulamentos complementares à lei, indo além da competência regulamentar tradicional.

O art. 12 do texto constitucional de 1937, por outro lado, permitia também a expedição de decretos-lei, em estado de normalidade, pelo Presidente da República, quando autorizado pelo Parlamento, nas condições e limites fixados por este.²⁸⁵ Tratava-se de uma hipótese de delegação legislativa, também não prevista nas constituições precedentes.

Deferia-se ao Presidente da República, em estado de normalidade, “expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas”, desde que “observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias” (art. 14).

Por fim, o art. 180 possibilitava ao Presidente da República, enquanto não reunido o parlamento, expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência da União. Portanto, a Constituição de 1937 ampliou sobremaneira o poder regulamentar, além de conferir amplitude aos instrumentos com força de lei (decretos-lei).

Ante a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, iniciou-se a crise do governo de Getúlio Vargas, acabando por assumir o governo José Linhares, então ministro do Supremo Tribunal Federal, com a saída de Getúlio em 29 de outubro de 1945. Com a realização de novas eleições, foi vitorioso o general Eurico Gaspar Dutra, que governou através de decretos-lei até a Constituição de 18 de setembro de 1946.

Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva”.

²⁸⁵ “Art. 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização”.

A Constituição de 1946 reestabeleceu a linha democrática da Constituição de 1934, assegurando novamente diversos direitos que foram tolhidos pela Constituição de 1937, voltando também à previsão mais restrita quanto à competência regulamentar. O texto constitucional tornou a prever o exercício desta competência apenas para fiel execução de lei, conforme seu art. 87, I, para o Presidente da República, e art. 91, II, em relação aos Ministros de Estado. Além disso, voltou a prever, no art. 141, §2º, de forma expressa, o princípio da legalidade nos moldes da Constituição de 1934.

Ocorre que, em 1964, instalado o regime militar no Brasil, os militares dominaram o Parlamento e, através de uma proposta, tiveram aprovação da Constituição de 1967. Pautada na ideia de segurança nacional e na luta contra os subversivos, o texto constitucional permitia sua emenda por Atos Institucionais, sucessivamente editados e que ampliavam cada vez mais os poderes autoritários do regime militar.²⁸⁶

No texto original da Constituição de 1967, previa-se a lei delegada (art. 49, IV, e art. 55 ao 57) e o decreto-lei (art. 49, V, e art. 58), os quais faziam parte do processo legislativo, possuindo, portanto, *status* de lei. A lei delegada tinha por pressuposto os requisitos do art. 55 ao 57, exigindo-se a especificação do seu conteúdo e os termos para o seu exercício. Por outro lado, o decreto-lei também era utilizado apenas em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resultasse aumento de despesa, sempre em matérias de segurança nacional ou finanças públicas.

Pontes de Miranda, comentando a referida Constituição, esclarecia que o sistema normativo constitucional não permitia falar na existência de regulamentos autônomos e restringia o campo de atuação regulamentar. Entretanto, seguindo as mesmas críticas que já vinham sendo feitas pelos textos doutrinários anteriores, também cita o inconveniente de se atribuir exclusivamente ao Poder Legislativo a competência legislativa.²⁸⁷

²⁸⁶ Para se ter uma noção, foram editados 17 atos institucionais (AI's) de emenda à Constituição e 104 atos complementares. BRASÍLIA. SENADO. Constituições Brasileiras. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

²⁸⁷ Para ele: "Nenhum legislador poderia, nem seria desejável que pudesse, regrar, precisa e exaustivamente, toda a atividade do Estado. Se possível fosse, transformar-se-ia em simples mecanismo toda a vida do Estado. Nenhuma escolha, nenhuma ingerência dos dirigentes, que teriam, de antemão, pautados à risca, todos os seus atos. O maior inconveniente seria o de não se atender a circunstâncias, que dificilmente caberiam no suporte fático das regras jurídicas, se essas só se

Sobre a potestade regulamentar, o texto constitucional restringia-se à fiel execução de lei (art. 83, II, e art. 87, II) como competência do Presidente da República e dos Ministros de Estado. Porém, tal cenário perdurou apenas até a edição do Ato Institucional 5, conhecido como AI 5, que ampliou sobremaneira os poderes do regime autoritário instalado, decretando recesso do Congresso Nacional e permitindo ao Poder Executivo legislar sobre todas as matérias (art. 2º, §1º).

Esse modelo só é relevado com a edição da Emenda Constitucional 26, em 27 de novembro de 1985, por meio da qual foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, dando início ao processo que resultaria na promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988. Tal Constituição, apesar de inovar em diversos aspectos, não traz um texto diferenciado em relação à competência regulamentar no seu texto original. Consagra no art. 5º, II, o princípio da legalidade, enquanto que o art. 84, IV, prevê como competência do Presidente da República a expedição de decretos e regulamentos para fiel execução de lei, tal como previsto na maioria dos textos constitucionais precedentes. Em relação aos Ministros de Estado, o art. 87, parágrafo único, II, dispõe como de sua competência possibilidade de expedir “instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

Ainda em seu texto, o art. 49, V, da Constituição de 1988 atribui competência ao Congresso Nacional para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Uma forma de controle político da competência regulamentar no direito brasileiro.

Em 11 de setembro de 2001, editou-se a Emenda Constitucional 32, a qual, alterando o art. 84, VI, da Constituição de 1988, estabeleceu competência ao Presidente da República para, mediante decreto, dispor sobre a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e sobre a “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. Prevê ainda, em seu parágrafo único, a possibilidade de delegação desta competência aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da

formulassem para outras circunstâncias. Daí o que se deixa à discricionariedade, sem se cair no arbítrio. O legislador tem, então, três caminhos, para cujas técnicas concorreu a experiência de alguns séculos: ou a) edictar regras jurídicas alternativas; ou b) subordinar as circunstâncias menos prováveis ao que mais acontece (*id plerunque fit*); ou c) deixar ao arbítrio de outrem todo o regramento (delegação legislativa), o que equivale a enunciar proposição alternativa a número infinito de termos (= faça o que entenda), o que se vedaria na Constituição de 1946, art. 36, §2º. Miranda, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo I, p. 567-568.

República ou ao Advogado-Geral da União, o que não ocorre em relação ao inciso IV do art. 84.

Assim, percebe-se que o direito brasileiro não passou por uma ruptura no modelo constitucional de competência regulamentar, seguindo a estrutura das constituições anteriores, apesar da variação mais contundente da Constituição de 1937. Porém, isso não significa que não houve, ou não está havendo, uma adaptação para viabilidade a ampliação do poder regulamentar.

Seguindo a mesma linha dos demais países, o Brasil também vem adotando uma postura cada vez mais interventiva social e economicamente na atualidade, em decorrência do modelo de Estado regulador que se insurge. A necessidade de ampliação do poder regulamentar, principalmente como um dos instrumentos de que se utiliza a regulação, aparece como uma realidade no direito brasileiro para compatibilidade a esta nova finalidade estatal.

Esta realidade ampliadora do poder regulamentar, por sua vez, fomenta discussões em diversos aspectos, especialmente no que concerne à constitucionalidade e legalidade dos instrumentos adotados para viabilizá-lo. São debates como a interpretação do art. 5º, II, do art. 49, V, e do art. 84, IV e VI, todos do texto constitucional de 1988; a possibilidade de delegação legislativa; a existência ou não da categoria do regulamento organizacional e assim por diante, todos envolvendo os limites para a criação de direitos e obrigações no direito brasileiro.

O surgimento ou ressurgimento destes temas no direito brasileiro é contextualizado pela relação dicotômica entre a manutenção tradicional de competência regulamentar e a mudança de postura estatal na contemporaneidade. Assim, antes de enfrentar tais debates, é preciso entender como se apresenta a teoria sobre a competência regulamentar no direito brasileiro, visando contextualizá-lo.

4.2. Titularidade e produção normativa

Uma análise da Constituição de 1988 permite concluir que o sistema adotado pelo direito brasileiro é de supremacia da lei, não havendo uma divisão de competências normativas de mesmo *status*, tal como há no direito francês.²⁸⁸ O

²⁸⁸ A partir desta afirmação, Rafael Entrena Cuesta sustenta que a adoção do modelo de supremacia da lei gera dois pressupostos gerais. O primeiro seria em relação às matérias reservadas à lei, que não poderiam ser tratadas via regulamento. O segundo, por outro lado, seria a hierarquia normativa, tendo

Parlamento é o órgão por excelência com legitimidade para representação da vontade popular, de sorte que a competência regulamentar se apresenta como uma categoria subordinada.

Sobre estes limites, a doutrina os classifica em materiais e formais. Os limites materiais dizem respeito ao conteúdo do regulamento, especificamente quanto às matérias que podem ser tratadas, à possibilidade de criação de direitos e obrigações, aos princípios que se submetem e assim por diante. Os limites formais, por outro lado, são aqueles relacionados à titularidade da competência e o procedimento de produção normativa regulamentar.

Neste trabalho, será dedicado o próximo capítulo para tratar especificamente dos limites materiais, trazendo as discussões sobre o assunto no direito brasileiro. Antes, porém, devemos fazer desde já algumas considerações sobre os limites formais.

Primeiramente, quanto à titularidade, é de se ver que a Constituição de 1988 não trouxe uma previsão normativa ampla do poder regulamentar da Administração Pública, restringindo-se a prever especificamente como competência do Presidente da República, nos termos do art. 84, IV e VI, da Constituição.²⁸⁹ Adiciona-se ainda a previsão constante do art. 87, parágrafo único, II, o qual atribui competência aos Ministros de Estado para “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

Importante questionamento que se faz a respeito da titularidade do poder regulamentar é se ela se restringiria ao Chefe do Poder Executivo, tal como previsto no art. 84, IV e VI, da Constituição de 1988, ou se poderia ser exercido por outras autoridades, órgãos ou entidades. Nesse aspecto, duas posições se apresentam, sendo uma na defesa da competência privativa e outra entendendo pela possibilidade de ampliação da titularidade do poder regulamentar.

Os que se apegam à competência privativa do Chefe do Poder Executivo argumentam pela literalidade do texto constitucional, sustentando a impossibilidade de ampliação do poder regulamentar ante a ausência de norma expressa. Aos que

em vista a impossibilidade de ser editado *contra legem*, a necessidade de observar a potestade regulamentar de autoridades superiores e a submissão aos princípios gerais de direito. CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de derecho administrativo**. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 126-128.

²⁸⁹ Especificamente quanto à regulação da atividade econômica, prevê o art. 174 do texto constitucional a atuação do Estado como agente normativo, desta vez não se referindo mais exclusivamente ao Presidente da República. Esta hipótese limitada, contudo, não impede a edição de normas regulamentares em outros setores, como, por exemplo, no setor social.

assim pensam, em regra, a competência privativa faz parte do próprio conceito de poder regulamentar que eles propõem.²⁹⁰

Tal corrente, além de sustentar a competência privativa do Chefe do Poder Executivo como essência do poder regulamentar, também argumenta que o único veículo possível de ser utilizado para a sua concretização seria o decreto presidencial.

Este é o pensamento de Diógenes Gasparini²⁹¹ e de José Cretella Júnior, para quem os regulamentos são apenas aqueles que estão no mais alto grau de normatividade dentro da Administração Pública, só estando subordinado à lei ou à Constituição. Segundo essa premissa, portanto, apenas o decreto poderia ser considerado como regulamento, haja vista ser o instrumento normativo superior dentro da Administração Pública. Os demais instrumentos, por essa razão, não poderiam ser enquadrados como regulamentos, mas como simples normas administrativas inferiores.²⁹²

Contudo, entendemos que a segunda vertente se mostra mais coerente com o conceito de regulamento desenvolvido neste trabalho e também mais compatível com a prática verificável no direito brasileiro. A restrição da competência regulamentar no Chefe do Poder Executivo limita demasiadamente o poder normativo da Administração Pública e não se compatibiliza com a realidade e com as necessidades no cumprimento da função estatal. É por essas razões que se tem admitido o exercício do poder regulamentar por outras autoridades, órgãos ou entidades, porém não de forma aleatória.

O poder regulamentar a ser exercido por titular diverso do Chefe do Poder Executivo deve ter por fundamento autorização expressa ou implícita na Constituição de 1988²⁹³ ou em lei. Tanto uma como a outra podem conferir competência

²⁹⁰ Nesse sentido é o entendimento de Mário Masagão, para quem a competência privativa compõe a própria essência do poder regulamentar. MASAGÃO, Mario. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 145.

²⁹¹ O autor sustenta que “nosso sistema exige seja o regulamento veiculado por decreto, editado pelo Chefe da Nação. Qualquer outro modo, adotado como veículo, seria irregular e tornaria o ato viciado por inobservância da forma prescrita, mesmo que editado pela autoridade competente para expedir regulamentos. É da essência do regulamento a sua aprovação por decreto, ou que o texto do regulamento integre um desses atos privativos do Presidente da República”. O seu posicionamento busca manter coerência com o conceito que ele atribui ao poder regulamentar, ao relacionar diretamente com a competência do Chefe do Poder Executivo e com o veículo introdutor da norma, que seria o decreto presidencial. GASPARI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed., rev., atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 82-83.

²⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 269-270.

²⁹³ Veja-se, como exemplo, o poder normativo das universidades decorrente de sua autonomia assegurada constitucionalmente pelo art. 207. Também é possível citar o disposto no art. 237 da

regulamentar a órgãos desconcentrados ou descentralizados da Administração Pública, sem que haja violação ao ordenamento jurídico. No caso da Constituição de 1988, não há que se falar em inconstitucionalidade entre normas editadas pelo Poder Constituinte originário, enquanto que, no caso de poder conferido por lei, não haverá violação ao texto constitucional, haja vista a ausência de previsão normativa e que se trata de matéria passível de ser regulada por lei.²⁹⁴

É necessário ressaltar, no entanto, que a autorização legal para as autoridades, órgãos ou entidades desconcentradas ou descentralizadas deve observar os limites objetivos do poder regulamentar. Não se trata, portanto, de uma delegação legislativa sem parâmetros, mas da competência normativa regulamentar no setor específico de atuação e nos mesmos moldes do poder regulamentar típico da Administração Pública, ou seja, com *status* inferior à lei.

A visão ampliadora do poder regulamentar é mais evidente quando se observa os casos das entidades ou órgãos dotados de maior autonomia, tal como as agências reguladoras e as universidades públicas. Nestas hipóteses, subordiná-las à competência privativa do Chefe do Poder Executivo é limitar a própria autonomia das referidas entidades e, por via de consequência, violar o próprio texto constitucional.

É interessante observar ainda um posicionamento intermediário, adotado por Odete Medauar. A autora faz distinção entre poder regulamentar e poder normativo da Administração Pública. Para ela, o poder regulamentar seria o destinado privativamente ao Chefe do Poder Executivo, enquanto que o poder normativo estaria intrínseco a toda Administração Pública. Entretanto, não aduz os motivos para tal diferenciação, o que enfraquece o seu posicionamento.²⁹⁵ Ainda sobre a titularidade do poder regulamentar, alguns temas importantes merecem ser ressaltados e lembrados antes de avançar.

Constituição de 1988 quanto à competência do Ministério da Fazenda para “fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais”, autorizando implicitamente a edição de normas jurídicas para atingir tal finalidade (vide, a título de exemplo, a ADPF 101/DF, julgada pelo STF quanto à proibição de importação de pneus usados constante em ato normativo infralegal). Da mesma forma, tem-se também a competência do órgão regulador, nos termos da lei, sobre os serviços de telecomunicações, conforme art. 21, XI, do texto constitucional. Ainda, por fim, apesar de não comporem a estrutura do Poder Executivo, é possível vislumbrar o poder normativo conferido ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, diretamente pela Constituição através dos art. 103-B, §4º, I, e art. 130-A, §2º, I.

²⁹⁴ Esse é o posicionamento também de José Carlos Francisco. FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 231.

²⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 125-127.

Primeiramente, a doutrina diverge sobre a existência de um poder regulamentar decorrente do próprio poder regulamentar, ou seja, sobre a existência de regulamentos de graus diferentes. O problema está em identificar se o poder normativo decorrente de normas infralegais seria também um poder regulamentar ou se estaria desconfigurado, enquadrando-se como ato administrativo.

Esta seria a situação, por exemplo, do que prevê art. 87, parágrafo único, II, da Constituição de 1988, em relação às instruções baixadas em face de decretos e regulamentos. Para José Carlos Francisco, esses instrumentos não podem ser considerados como regulamentos, “mas como ato administrativo-normativo, seja porque fica a meio caminho entre os atos normativos e os administrativos, seja pela imprecisão metodológica em defini-lo como regulamento de 2º, 3º ou mais graus”.²⁹⁶ Este entendimento é também defendido por Diógenes Gasparini, o qual assevera que, mesmo que portarias, circulares, instruções, resoluções, estatutos, regimentos e deliberações estabeleçam normas gerais sem intermediação de um regulamento, ou seja, regulamentando diretamente a lei, ainda assim não podem ser considerados como regulamento, pois isto ampliaria demasiadamente o conceito de poder regulamentar.²⁹⁷

Apesar desta posição, entendemos que os conceitos de regulamento e de ato administrativo são incompatíveis entre si, conforme destacado no subtópico 2.2 deste trabalho. São conceitos que levam em consideração pressupostos diversos. Os regulamentos veiculam normas jurídicas gerais e abstratas, que podem se materializar em forma de decreto, instruções, portarias etc., desde que atendidos os seus elementos conceituais. O posicionamento mais coerente com as premissas adotadas neste estudo é de que a nomenclatura do instrumento utilizado pouco importa, devendo a questão ser avaliada a partir do seu conteúdo.

Sendo assim, não há problemas em caracterizar como regulamento as normas expedidas em face de decreto regulamentar, seja regulamentando este ou a própria lei diretamente. O problema metodológico de imaginar regulamentos de segundo, terceiro ou mais graus não se apresenta quando a análise está de acordo com as premissas de que se parte. A veiculação de normas jurídicas gerais e abstratas

²⁹⁶ FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237.

²⁹⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed., rev., atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 120.

regulamentadoras de outra norma paradigma é suficiente para caracterizar como regulamento o instrumento editado pela Administração Pública.

Outro aspecto interessante e também polêmico, mas que foge da análise de praticamente a totalidade dos juristas brasileiros, é a possibilidade da edição de regulamentos por entes de direito privado. Seria indagar sobre a possibilidade de se falar em poder regulamentar exercido por entes de direito privado, em virtude de autorização conferida pelo Estado, através de lei ou da Constituição.

Sobre o assunto, José Carlos Francisco defende a impossibilidade de se reconhecer o poder regulamentar a tais entes, argumentando, para tanto, que a caracterização do poder regulamentar pressupõe a presença de uma pessoa jurídica de direito público, vinculada ao Poder Executivo. Assim afirma o autor:

Pelos pontos que fundamentam este estudo, as normas produzidas por entes privados (ainda que sujeitos de modo especial à administração pública) não se configuram como regulamentos, mas como expressão da privatização do Direito, pois a função regulamentar exige a natureza jurídica de Direito Público do ente que edita com exclusividade a norma em face da constituição ou da lei, vinculado necessariamente ao Executivo (administração direta ou indireta). Admitimos que as normas produzidas pelos entes privados podem se assemelhar aos regulamentos, quando dirigidas diretamente à constituição ou às leis, mas ainda assim serão normas oriundas da área privada, com histórico e natureza jurídica diversa dos regulamentos porque não apresentam o aspecto formal de competência que define a função regulamentar.²⁹⁸

Apesar de respeitar tal entendimento, pensamos de forma diversa. Embora a titularidade do poder regulamentar não se dar através de pessoas jurídicas de direito privado, isto não elimina a possibilidade de que seu exercício se dê por meio delas, de acordo com delegação deferida pelo Estado e respaldado em lei ou na própria Constituição, como também, através de um consenso entre os próprios membros dos setores específicos. Exemplo disso é o que acontece no direito norte-americano, no qual se reconhece o poder regulatório (e, conseqüentemente, regulamentar) a entes de direito privado.²⁹⁹

²⁹⁸ FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 240.

²⁹⁹ Esse também é o posicionamento defendido por Yesim Yilmaz, a qual afirma que “[...] it is a mistake to assume that ‘regulation’ necessarily involves government. Much of the regulation in the American economy is entirely private, produced and enforced by trade associations or independent third parties. Private organizations can oversee market participants’ actions by processes such as certification, brand approval, and standard setting; impose enforceable sanctions; and ensure that businesses deliver what

Obviamente, não se quer afirmar e querer aqui a aplicabilidade do modelo dos E.U.A. ao direito brasileiro, até pela diversa realidade dos dois países. Porém, o exemplo norte-americano permite demonstrar que não há incompatibilidade entre a regulação (aqui inserido o poder regulamentar) e o seu exercício por pessoas jurídicas de direito privado.

Para se conceber tal possibilidade, exige-se que o poder normativo tenha sido delegado pelo Estado, com autorização constitucional ou legal, e desde que haja razoabilidade e compatibilidade entre a delegação e a função exercida pela pessoa jurídica. É realmente difícil imaginar essa hipótese no direito brasileiro, dada a perspectiva tradicional das instituições de direito administrativo na doutrina. No entanto, isto não deve impossibilitar o estudo do poder regulamentar a fundo, inclusive levando em consideração a possibilidade de adoção de um novo modelo futuro.

Ultrapassando as questões relativas à titularidade do poder regulamentar, cabe fazer algumas considerações acerca do procedimento de produção normativa. Sabe-se que o direito norte-americano possui um regramento específico para o desenvolvimento da competência regulamentar pelas agências reguladoras, denominado *rulemaking process*, estabelecendo formas de controle, participação dos envolvidos, garantias processuais e assim por diante.

No direito brasileiro, contudo, não há um sistema semelhante. O ordenamento jurídico nacional não contempla uma lei geral que determine o procedimento para edição de regulamentos, seja pelo Presidente da República, seja por autoridades, órgãos ou entidades inferiores, o que enseja, na prática, uma discricionariedade na sucessão de atos a ser adotada até a edição final da norma jurídica.

A fixação de um regramento procedimental destinado à produção normativa é uma forma dar legitimidade, especialmente quando se pretenda ampliar o poder regulamentar, assegurando instrumentos e garantias para evitar o abuso deste poder. É com vistas a garantir tal legitimidade que leis específicas vem estabelecendo normas para reger esse procedimento de produção normativa, especialmente em relação às agências reguladoras.

they promise. This process takes much less time, consumes fewer resources, and costs less than its coercive counterpart. In addition, independent parties are responsive and flexible, evolutionary, and can avoid "one-size-fits-all" regulation". YILMAZ, Yesim. PRIVATE REGULATION: A Real Alternative for Regulatory Reform. **Policy Analysis**, Washington, v. 30, p.1-38, abr. 1998. Disponível em: <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa-303.pdf>>. Acesso: 31 jan. 2014.

Assim, podemos citar como exemplo o art. 42 da Lei 9.472/1997, em relação à edição de atos normativos pela ANATEL, exigindo a submissão à consulta pública. Nesse mesmo sentido é o art. 19 da Lei 9.478/97, ao exigir prévia audiência pública para a “alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis”.

Todavia, o hiato normativo verificado conduz a uma ampla discricionariedade das autoridades, órgãos ou entidades com competência regulamentar quando não haja previsão específica em lei sobre o tema. Tal vazio traz insegurança jurídica e reduz a legitimidade das normas editadas, o que não impede, contudo, que a própria autoridade, órgão ou entidade, utilizando de sua faculdade, adote instrumentos para conseguir atingir tal fim e, inclusive, editar um regulamento interno para reger um procedimento específico.

Há quem defenda a existência de um procedimento específico para a produção normativa a partir da interpretação sistemática da Lei Complementar 95/1998 e do Decreto 4.176/2002.³⁰⁰ Para este pensamento, o procedimento estabelecido por estes dois diplomas pode ser tomado como regra geral do limite formal à competência regulamentar, estabelecendo uma fase de iniciativa do projeto, fase de deliberação e fase de complementação.

Todavia, não concordamos com tal entendimento. Os referidos diplomas normativos não fixam normas procedimentais, mas sim disposições relativas ao conteúdo das normas a serem editadas, com exceção para algumas previsões específicas. A Lei Complementar 95/1998 não possui qualquer dispositivo tratando especificamente do procedimento de produção normativa.

No que concerne ao Decreto 4.176/2002, é preciso destacar primeiramente que seu âmbito de aplicação é restrito aos Ministros de Estado e aos órgãos integrantes da estrutura da Presidência da República (art. 1º), não se aplicando a órgãos ou entidades desconcentrados ou descentralizados. Abrange também apenas as medidas provisórias e os decretos. É verdade que o art. 59 prevê a aplicação do supracitado decreto aos demais atos normativos, mas apenas no que couber.

Ademais, o Decreto 4.176/2002 estabelece a competência da Casa Civil da Presidência da República para analisar atos normativos (entenda-se: leis e decretos)

³⁰⁰ FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 348-353.

a serem editados no âmbito do Poder Executivo (art. 34, I) e confere a ela poderes para legitimar tal ato, como, por exemplo, a oitiva dos interessados no projeto do ato normativo (art. 34, II). Contudo, trata-se de uma faculdade, que está inserida no campo da discricionariedade estatal, não servindo, portanto, como garantia dos administrados.

Assim, a existência da Lei Complementar 95/1998 e do Decreto 4.176/2002 não permite concluir que há um regime jurídico específico relativo ao procedimento de produção normativa, seja pela ausência de normas especificamente procedimentais, seja pelo seu âmbito de aplicação restrito, seja pela ausência de instrumentos de garantia de legitimidade.

4.3. O controle da competência regulamentar

O controle da Administração Pública ganha especial importância na medida em que se fortalece o Estado democrático de direito e a proteção dos direitos fundamentais. Em que pesem as classificações existentes para esse tipo de controle,³⁰¹ para o fim deste tópico, levar-se-á em consideração a classificação que divide o controle em três espécies: administrativo, legislativo e judiciário.³⁰² Essa classificação permite analisar o controle da Administração Pública em relação à competência regulamentar, em três diferentes aspectos no direito brasileiro.

Antes de avançar no assunto, é preciso esclarecer que o controle da competência regulamentar, assim como dos demais atos, pode ser no que concerne ao seu aspecto material (conteúdo) ou formal (produção). Assim, cada uma das espécies de controle (administrativo, legislativo e judiciário), precisa ser analisado de acordo com essa perspectiva.

Segundo Lucas Furtado, o controle administrativo é uma modalidade de controle interno da Administração Pública, possibilitando a ela “fiscalizar e corrigir, de ofício ou mediante provocação, o mérito e a legitimidade de todos os atos praticados

³⁰¹ José de Ribamar Caldas Furtado, por exemplo, classifica as formas de controle da seguinte maneira: quanto à posição do órgão controlador, o controle pode ser interno ou externo; quanto à natureza do controlador, pode ser administrativo, legislativo e judiciário; quanto ao momento em que se realiza, pode ser prévio, concomitante e posterior; quanto à esfera de execução, pode ser governamental ou social; quanto à natureza do controle, pode ser de legalidade ou de mérito. FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Direito financeiro**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

³⁰² Esta divisão, é preciso esclarecer, não se vincula necessariamente aos órgãos respectivos do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo.

no âmbito de determinada entidade administrativa”, podendo, com isso, promover a anulação de atos que contrariem a ordem jurídica, bem como revogar aqueles inconvenientes e inoportunos.³⁰³

Esse tipo de controle é realizado através de procedimentos, promovidos através de provocação, pelo próprio órgão ou entidade, ou ainda por órgão distinto, integrante do mesmo poder (a exemplo da Controladoria Geral da União). Na Constituição de 1988, o controle administrativo está previsto de forma genérica no art. 74, aplicável na esfera administrativa dos três poderes.³⁰⁴ O controle administrativo, também denominado autocontrole ou autotutela, pode resultar em consequências, dentre elas a anulação ou revogação de ato administrativo.³⁰⁵

O regime jurídico do controle administrativo deve observar as normas aplicáveis no âmbito de cada ente federativo e o disposto no texto constitucional. O Decreto 5.480/2005, aplicável no âmbito do Poder Executivo Federal, por exemplo, prevê, como instrumentos para esse e outros objetivos, a investigação preliminar, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar. Sob outra ótica, podemos citar também os instrumentos previstos em regra na Constituição de 1988 e nos textos normativos, dentre eles o direito de petição, pedido de reconsideração, reclamação administrativa, recurso administrativo ou hierárquico e assim por diante.

A jurisprudência brasileira vem reconhecendo a possibilidade de a Administração Pública exercer o controle administrativo sobre seus próprios atos, o que se verifica nos enunciados sumulares 346 e 473, ambos do STF. Embora tais enunciados tenham sido editados com base em hipóteses de controle sobre atos

³⁰³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 1108.

³⁰⁴ No âmbito do Poder Executivo Federal, é importante destacar o sistema de correição estabelecido pelo Decreto 5.480/2005 com a finalidade de prevenção e apuração de irregularidades, por meio da instauração e condução de procedimentos correccionais. Tal sistema é integrado pela Controladoria-Geral da União, como Órgão Central do Sistema; pelas unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais; pelas unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como de suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e pela a Comissão de Coordenação de Correição. Além disso, também é importante destacar a previsão contida no Decreto-Lei 200/1967, ao estabelecer a supervisão ministerial aos órgãos da Administração direta e indireta em seu art. 19 e seguintes.

³⁰⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que o controle administrativo é o mais amplo dos controles. Segundo o autor: “o controle administrativo, sendo, portanto, ambivalentemente, de mérito e de legalidade, é o mais amplo: tanto pode anular quanto fiscalizar, sanar, revogar, alterar, suspender ou confirmar os atos praticados, com um arsenal dos mais variados instrumentos jurídicos para atingir cada um desses fins”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: Parte introdutória, parte geral e parte especial. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 437.

administrativos, é possível concluir que também podem ser aplicados em relação à competência regulamentar, pressupondo-se que tal controle seja feito pela autoridade competente para a edição da norma.

Nesse sentido, o controle administrativo pode ser utilizado no que concerne à arbitrariedade no exercício da competência regulamentar e, até mesmo, no que concerne ao próprio mérito da atividade. Seja por provocação, seja por iniciativa própria, a Administração Pública pode proceder à análise dos regulamentos por ela produzidos e anulá-los, em caso de ilegalidade, ou revogá-los, em análise da conveniência e oportunidade. Assim, o controle pode ser realizado sob o aspecto material ou formal do regulamento.

Hipótese interessante diz respeito à situação em que tribunais administrativos proclamam a inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos, o que poderia ensejar questionamentos quanto à questão hierárquica, uma vez que os regulamentos podem ser expedidos por autoridades superiores, como, por exemplo, pelo Presidente da República. O tema não possui uma solução unânime, mas caminha no sentido de se solucionar o questionamento conferindo maior independência (autonomia, imparcialidade, desvinculação etc.) aos referidos tribunais.

Outra questão que se faz necessário pontuar é que a decisão administrativa não produz coisa julgada (no sentido de não mais caber revisão). Isso porque pode ela ser levada ao Poder Judiciário, ante a previsão contida no art. 5º, XXXV, do texto constitucional (princípio da inafastabilidade de jurisdição). Maria Sylvia di Pietro, após criticar o uso da expressão “coisa julgada administrativa”, afirma que ela, “no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria administração”.³⁰⁶

Sendo levada a discussão ao âmbito do Poder Judicial, é aí que entra o controle jurisdicional, uma espécie de controle externo da Administração Pública. No direito brasileiro, Seabra Fagundes afirma que ele “se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional”.³⁰⁷

Os modelos de outros países mostram, no entanto, que o controle jurisdicional não é necessariamente exercido pelo Poder Judicial. O ordenamento jurídico pode

³⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 747.

³⁰⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 105-106.

estabelecer sistemas que possibilitem o controle, através de decisões com força de coisa julgada, por tribunais administrativos. Assim, fala-se em um sistema de jurisdição dúplice ou na existência de um contencioso administrativo, contrapondo-o ao sistema de jurisdição una (em que há o monopólio da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário).

Mário Masagão elucida o que seria o sistema de contencioso administrativo:

A atividade administrativa e o funcionamento dos serviços públicos podem causar dano aos administrados, ferindo-lhes algum direito. Compete então aos prejudicados reclamar, perante o poder judiciário, pela ação competente, a composição dos danos sofridos. Entretanto, em alguns países, arranca-se àquele poder, nessas hipóteses, parte de sua função específica de julgar, para entrega-la a órgãos do poder executivo. Surge, assim, o chamado 'contencioso administrativo', que é um sistema de jurisdição, mais ou menos extensa, atribuída a órgãos estranhos ao poder judiciário, para processo de julgamento de litígios entre a Fazenda Pública e os administrados.³⁰⁸

Explica o referido autor que o sistema do contencioso administrativo pode ser de forma absoluta, abrangendo todas as demandas da Fazenda Pública, ou moderada, por meio da qual se distingue os atos de império e atos de gestão para fins de determinação da competência. Em qualquer das duas hipóteses, haverá a possibilidade de decisão com força de coisa julgada proferida por órgão administrativo, sendo fixadas garantias e prerrogativas para lhe assegurar imparcialidade.

O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, adotou o sistema de jurisdição una, por meio do qual o Poder Judiciário não se exime de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito, fornecendo sempre a última palavra sobre as lides (art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988).³⁰⁹ Nesse sentido, não se admite no Brasil o sistema de jurisdição dúplice ou o modelo de contencioso administrativo, tal como existe na França e em outros países, em que há tribunal administrativo específico para

³⁰⁸ MASAGAO, Mario. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 291-292.

³⁰⁹ Em que pese atualmente ser adotado o sistema de jurisdição una, permitindo ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer matéria, o Brasil já passou por situações em que se adotou, mesmo que de forma moderada, o contencioso administrativo. Mário Masagão cita como exemplo: a Lei de 22 de dezembro de 1761, criando o "Tesouro Real e Real Erário" e o "Conselho da Fazenda", este com jurisdição quanto à dívida ativa; o Conselho de Estado e o Poder Moderador na Constituição de 1824, que foi suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e restabelecido pela Lei de 23 de novembro de 1841; a Câmara do Reajustamento Econômico de dívidas de agricultores (instituída pelo Decreto-Lei 1.888-1939). MASAGAO, Mario. **Op. cit.**, p. 296-300.

juízo, com força de coisa julgada, acerca de situações contenciosas em que seja parte a Administração Pública.

Feito esse recorte analítico é possível passar aos dois principais problemas do controle jurisdicional no que concerne à competência regulamentar, quais sejam: a caracterização da discricionariedade administrativa e os instrumentos de controle.

Em que pese o princípio da inafastabilidade de jurisdição no direito brasileiro, a sua ponderação com o princípio da separação de poderes impossibilita que o Poder Judiciário se substitua ao administrador quando este possua opções de escolha legítimas conferidas pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, haveria determinadas situações em que o administrador, elegendo o momento da prática do ato, o motivo ou o objeto do ato discricionário dentre as opções conferidas pelo ordenamento jurídico, não poderia ser controlado neste aspecto específico pelo Judiciário. Trata-se do que se denominou de discricionariedade do administrador público, indicando a incolumidade do mérito na opção dada pelo ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade estaria caracterizada “quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador certa esfera de liberdade”, por meio da qual ele deverá atuar de forma subjetiva para preencher “o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”.³¹⁰ Esta noção, com sua devida adaptação, é utilizada também no que concerne à edição de normas jurídicas pela Administração Pública.

Quando a competência regulamentar é exercida fora dos parâmetros formais de produção (competência, procedimento etc.), fica mais clara a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Por outro lado, no que concerne à regularidade material (de conteúdo) do regulamento editado, é possível promover o controle analisando se ele foi exercitado de acordo com seu fundamento (lei autorizadora, para os regulamentos autorizados; lei à qual se está dando execução, para os regulamentos executivos; e fundamento constitucional, para os regulamentos autônomos).

Todavia, exercitando o poder regulamentar de acordo com a regularidade formal e dentro dos parâmetros materiais que estabelecem as opções de conteúdo ao administrador, não deve o Poder Judiciário se imiscuir no conteúdo do regulamento para o fim de substituí-lo. A discricionariedade diz respeito ao momento da edição, ao

³¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 946.

motivo e ao objeto do regulamento, que, nestes aspectos, fica relativamente livre do controle jurisdicional.³¹¹

Porém, esta liberdade não é absoluta. A discricionariedade, em primeiro lugar, deve ser exercida dentro dos parâmetros conferidos pelo ordenamento jurídico, sendo certo que, fugindo destes limites, será permitido o controle.³¹² É neste ponto que está a importância da fixação de parâmetros pela legislação quanto ao poder discricionário. Em segundo lugar, o exercício deste poder também fica submetido aos limites da proporcionalidade, como extrato do *substantive due process of law*, decorrente do art. 5º, LIV, da Constituição de 1988.³¹³ A tarefa de promover o controle sob esse aspecto certamente se apresenta por vezes dificultoso, na medida em que o termo “proporcionalidade” é noção que deve ser perquiridas em cada caso concreto. Porém, tem sido considerado como parâmetro que subsidia o controle jurisdicional.

³¹¹ É importante fazer alusão ao posicionamento de Juarez Freitas, para quem não é possível falar atualmente em uma discricionariedade pura no direito brasileiro, pois há um direito fundamental à boa administração pública, que impõem obrigações na gestão estatal. Segundo o autor, o exercício do poder discricionário só se legitima com a observância desse direito que se caracteriza por ser um “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”. O autor ainda arrola, como decorrência do direito fundamental à boa administração pública, os seguintes direitos: direito à administração pública transparente, direito à administração pública dialógica, direito à administração pública imparcial, direito à administração pública proba, direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz, entre outros. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-23.

³¹² Sobre a relação entre discricionariedade e os limites conferidos pelo ordenamento jurídico, explica Victor Nunes Leal que: “[...] se a autorização para expedir regulamento, contida em qualquer lei, confere certo campo de ação discricionária ao poder executivo, a verificação da legalidade das normas regulamentares que forem expedidas na conformidade dela depende do exame dos limites da cláusula de delegação. Se foi baixado dentro desses limites, o regulamento é válido; se os excedeu, não é aplicável nas disposições que os transpuseram. Também se consideram limites as demais cláusulas da mesma lei que confere a autorização, dada a exigência de que a lei e o regulamento formem um corpo sistemático, sem contradições intrínsecas”. LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Vol. 1. 1. ed. Brasileira: Ministério da Justiça, 1997, p. 83.

³¹³ Como destaca Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade só pode ser concebido a partir da nova concepção de Estado de direito. Segundo o autor “o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da *constitucionalidade*, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio da proporcionalidade, dele derivado. Transverteu-se em princípio geral de direito, agora em emergência na crista de uma revolução constitucional [...]”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 411-412.

Para identificar o princípio da proporcionalidade, Paulo Bonvides aponta três elementos ou subprincípios que o compõem: a pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. O primeiro diz respeito à adequação entre meios e fins, uma noção baseada na conformidade. O segundo elemento, por sua vez, identifica-se com a indispensabilidade da medida para atingir o fim almejado, não devendo exceder tais limites. Por fim, o terceiro elemento é a obrigatoriedade de escolher o meio mais adequado dentre os possíveis, considerando os interesses em jogo, ou seja, a análise propriamente dita da proporcionalidade no caso concreto.³¹⁴

Outra questão interessante, ainda no que diz respeito à discricionariedade administrativa, diz respeito à utilização dos conceitos genéricos pelo ordenamento jurídico, indagando se o uso da função regulamentar para determiná-los seria componente da discricionariedade ou não. O questionamento se mostra importante, na medida em que terá reflexo sobre a possibilidade ou não de controle jurisdicional. Contudo, este é outro ponto de divergência também não solucionado no direito brasileiro.

Sobre o assunto, Paulo Magalhães da Costa Coelho salienta a existência de três vertentes: a primeira inadmite o controle sobre tais atos, ante a existência de discricionariedade; a segunda aceita a existência de um controle parcial, diante dos princípios constitucionais e dos limites gerais da discricionariedade administrativa; e, por fim, a terceira propugna um controle jurisdicional incondicional.³¹⁵ A questão é realmente polêmica.

Basta observar o debate pontual entre Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, que chegam a conclusões opostas. Para o primeiro, os conceitos jurídicos indeterminados só admitem uma única conclusão, apesar de variável no tempo, uma vez que a indeterminação seria do termo, mas não do conceito.³¹⁶ Para o segundo autor, a indeterminação faz parte do próprio conceito de discricionariedade, que estaria na opção conferida implícita ou explicitamente pelo ordenamento jurídico

³¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.**, p. 409-411.

³¹⁵ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 103.

³¹⁶ Como afirma Eros Roberto Grau: “[...] a aplicação dos ‘conceitos indeterminados’ só permite uma solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, a opção entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 201.

ao administrador.³¹⁷ A discussão pode ser resumida na pergunta feita por Maria Sylvia di Pietro, ao indagar: “sempre que o Direito emprega tais conceitos, estar-se-á diante da discricionariedade administrativa?”.³¹⁸

Apesar da divergência, pensamos no mesmo sentido sustentado por Eros Roberto Grau, pois os conceitos jurídicos indeterminados não são livremente preenchidos, ou seja, não há uma liberdade de quem pretenda defini-los. A utilização de termos indeterminados permite o controle quanto ao seu conteúdo para conformação, não havendo uma livre escolha do administrador. Nesse sentido, o uso do poder regulamentar para definir mais precisamente conceitos jurídicos indeterminados não é isento de controle judicial, uma vez que não há discricionariedade propriamente dita.³¹⁹

É preciso destacar, porém, que o STF abrange decisões que apontam no sentido contrário, ou seja, de acordo com a primeira corrente. Ao analisar os pressupostos da medida provisória - relevância e urgência, conforme art. 62 da Constituição - a referida Corte entende que tal dispositivo confere margem de discricionariedade ao Poder Executivo e que, nestas hipóteses, o controle jurisdicional só é possível em casos excepcionais. Saliente-se que, apesar de entender que há discricionariedade, admite-se o controle jurisdicional excepcionalmente para impedir o abuso de poder pelo Chefe do Poder Executivo, quando há evidente intenção de burlar os pressupostos constitucionais do instrumento.³²⁰

³¹⁷ Apesar de relacionar os conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade, é interessante observar que Celso Antônio Bandeira de Mello defende que as palavras possuem um conteúdo mínimo de compreensão, de maneira que a imprecisão é sempre relativa. Defende o autor que os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam ao administrador escolher uma entre duas ou mais alternativas de forma legítima. Nesse sentido, argumenta que “seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 22.

³¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p.66.

³¹⁹ Mesmo que se admita a existência de discricionariedade no exercício do poder regulamentar frente aos conceitos jurídicos indeterminados, deve-se observar que a norma editada deve observar ainda assim os limites materiais da discricionariedade administrativa, especialmente os princípios constitucionais. Como destaca Paulo Magalhães da Costa Coelho, “considerando-se que a faculdade discricionária consistirá, aqui, na opção entre duas intelecções possíveis, deverá ela adequar-se ou não se colocar em contradição com os princípios constitucionais. Vale dizer, ainda que se possa, em hipóteses tais, exercer-se a faculdade discricionária, com a liberdade de opção da intelecção, o ato emanado jamais poderá ofender os princípios constitucionais”. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 120.

³²⁰ No julgamento pelo Tribunal Pleno na ADI 2213 MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ficou assentado que “os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos

Enfrentada a questão da discricionariedade administrativa na atividade regulamentar, é cabível agora analisar os instrumentos do controle jurisdicional e, nesse sentido, também é possível estudar o assunto a partir de duas principais perspectivas: a do controle concreto e a do abstrato. A razão desta divisão é que o instrumento utilizado para controlar a competência regulamentar variará de acordo com o objetivo da ação judicial proposta.

Objetivando o controle do regulamento no caso concreto, admite-se o controle de legalidade ou constitucionalidade por qualquer juízo ou tribunal de forma incidental, devendo-se observar, quanto ao controle de constitucionalidade, a regra de reserva de plenário prevista no art. 97 do texto constitucional. O controle de constitucionalidade tem sido reservado às hipóteses em que se observa a autonomia do regulamento, sem que haja parâmetro de controle na legislação infraconstitucional. Fora desta hipótese, tem entendido a jurisprudência do STF que se trata de mera crise de legalidade, resolvendo-se no âmbito das cortes inferiores.³²¹

Utilizando-se da via concreta (incidental), a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade do regulamento produz efeitos *inter partes* e não extirpa a norma regulamentar do ordenamento jurídico que, em regra, continua sendo aplicada pela Administração Pública. A exceção pode ocorrer quando esta reconheça a ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma e promova, por ato próprio, a revogação ou anulação do regulamento editado.³²²

Sob a perspectiva do controle abstrato da competência regulamentar, os efeitos são *erga omnes*, mas os instrumentos de controle são limitados no direito brasileiro.

relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República”.

³²¹ Quanto ao controle de constitucionalidade concreto pelo STF, a jurisprudência da referida corte vem entendendo não ser admissível a análise da competência regulamentar quando demanda avaliação de norma infraconstitucional, uma vez que se trataria de ofensa indireta ao texto constitucional. Nesse sentido: ARE 720351 AgR/RJ, relatoria da Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-122, publicado em 26/06/2013; AI 738739 AgR-AgR/SP, relatoria da Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-032, publicado em 19-02-2013; ADI 2398 AgR/DF, relatoria do Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe-092, publicado em 31-08-2007; ADI 4218 AgR/DF, relatoria do Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-032, publicado em 19/02/2013, entre outros.

³²² Não é possível, portanto, a propositura de ação tendo como objetivo principal a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade de um regulamento específico. Tal declaração só pode ocorrer de forma incidental. Nesse sentido, podemos citar, como exemplo aplicável analogamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de ser incabível a impetração de mandado de segurança contra lei em tese, o que acabou ensejando a edição da Súmula 266 daquela corte superior.

Isto porque não existe no ordenamento jurídico nacional um instrumento de controle abstrato de legalidade das normas regulamentares. A espécie existente para tal tipo de controle é cabível apenas para hipóteses de inconstitucionalidade da norma regulamentar, sendo a competência para julgamento do STF, em caso de norma federal ou estadual frente à Constituição de 1988, ou do Tribunal de Justiça respectivo, no caso de norma municipal ou estadual face à Constituição estadual (art. 102, I, a, e art. 125, §2º, ambos da Constituição de 1988) – exceção para a hipótese de cabimento da ADPF, adiante tratada.

O problema é que, como antes explicado, o STF não admite o controle de concentrado de constitucionalidade quando há necessidade de análise de normas infraconstitucionais. Para que seja cabível tal controle, é necessário que o regulamento se apresente completamente autônomo, sem aferição da sua compatibilidade com a legislação infraconstitucional.

Sobre o assunto, é importante trazer à tona o julgamento pelo Tribunal Pleno do STF no agravo regimental interposto na ADI 2398/DF, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Na ação, promovida pelo Conselho Federal da OAB, requeria-se a declaração de inconstitucionalidade da Portaria nº 796/2000, editada pelo Ministro de Estado da Justiça, que objetiva estabelecer uniformização e critérios para classificação das diversões públicas e de programas de rádio e televisão.

A discussão não foi resolvida de plano, tendo que haver voto de desempate da Ministra Ellen Gracie, presidente à época. Naquela oportunidade, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, que davam provimento ao agravo regimental para conhecer da ADI. A divergência surgiu para se analisar se a referida portaria violaria o art. 74 do ECA (Lei 8.069/1990) ou a própria Constituição de 1988, estabelecendo uma espécie de censura prévia.

Após cerrado debate sobre o tema, os votos ficaram empatados, tendo sido colhido em sessão posterior o voto da Presidente, Ministra Ellen Gracie, que seguiu a relatoria para entender que a discussão estava no âmbito da legalidade. Manteve-se, portanto, o entendimento já consolidado no âmbito do STF anteriormente, apesar da discussão existente neste ponto específico.

Disso resulta a conclusão de que a referida corte mantém o entendimento de que a extrapolação do poder regulamentar, quando há necessidade de analisar legislação infraconstitucional, não pode ser submetida ao controle de

constitucionalidade via ADI ou ADC, eliminando estes importantes instrumentos do controle jurisdicional da competência regulamentar nestas hipóteses específicas. Resta, com isso, apenas o cabimento do controle em caso de regulamento editado sem legislação infraconstitucional de referência.

Nas hipóteses em que não seja cabível a ADI ou ADC, surge como alternativa a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que possui fundamento no art. 102, §1º, da Constituição de 1988, e na Lei 9.882/1999, objetivando evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Nesse caso, tendo como legitimado os mesmos que podem propor a ADI ou ADC, o controle cabe em face de regulamentos de nível federal, estadual ou municipal, podendo abarcar até mesmo normas anteriores à Constituição de 1988.

Com a utilização da ADPF, que, diga-se de passagem, não é admissível para qualquer controle de constitucionalidade, mas apenas para violação a preceito fundamental, os efeitos serão *erga omnes*, expurgando a norma regulamentar do ordenamento jurídico. Trata-se de uma alternativa restrita, mas que serve como instrumento hábil ao controle abstrato de normas regulamentares.

A partir destas considerações, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla um instrumento geral para controle jurisdicional da competência regulamentar, o que seria necessário para o caso de se pretender possibilitar a sua ampliação de forma legítima. É incoerente com o modelo de Estado de direito atual conceber um poder mais amplo ao Estado sem conferir aos administrados um instrumento de controle legítimo para, de forma geral (*erga omnes*), retirar a norma do sistema jurídico. Portanto, um problema que precisa ser repensado.

Avançando ao controle legislativo, o enfoque muda de perspectiva. Diferentemente do controle jurisdicional, que promove uma análise do ponto de vista da juridicidade, a doutrina considera que o controle legislativo é eminentemente político, tal como explica Seabra Fagundes:

O controle legislativo ou parlamentar compete ao Poder Legislativo. É essencialmente político, destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo. Só indiretamente ampara o direito individual, em face do ato administrativo pelos benefícios implicitamente consequentes da boa aplicação da lei. É exercido

mediante interpelações, moções, acusação política, inquéritos, tomadas de contas etc.³²³

Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que o controle legislativo pode ser exercido diretamente, por meio dos plenários das casas legislativas ou por meio de comissões, e indiretamente, através de seus órgãos auxiliares existentes para esse fim específico.³²⁴

Dito isto, é importante acrescentar que, em relação ao poder regulamentar, a Constituição de 1988 consagra um importante instrumento de controle legislativo. Trata-se do art. 49, V, do texto constitucional, o qual possibilita ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Esta previsão permite, portanto, um amplo controle pelo Congresso Nacional acerca da competência normativa exercida pelo Poder Executivo, que, no entanto, não é utilizado de forma recorrente na prática.³²⁵

Ainda o art. 52, X, do texto constitucional, completando, prevê como competência do Senado Federal a possibilidade de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Apesar do texto literal utilizar a expressão “lei”, deve-se entender pela possibilidade também em relação aos regulamentos, pois se trata de ato normativo passível de controle de constitucionalidade em abstrato pelo STF.

No mesmo sentido, argumentando a extensão do termo “lei” utilizado no art. 52, X, da Constituição de 1988, Clèmerson Merlin Clève defende que o texto constitucional vigente não tem a intenção de diferir dos textos precedentes, os quais se referiam, desde a Constituição de 1934, a outras normas. Explica o autor que:

[...] a Constituição de 1988 não pretendeu mudar a sistemática que vinha desde 1934; então do fato de o art. 52, X, referir-se unicamente à “lei” não se pode concluir que o Senado esteja autorizado, apenas,

³²³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 103-104.

³²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: Parte introdutória, parte geral e parte especial. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 443.

³²⁵ Ressalte-se ainda a possibilidade também de controle de constitucionalidade do próprio decreto legislativo do Congresso Nacional que susta o ato normativo. Conforme já decidiu o STF nos autos da ADI 748-MC, de relatoria do Min. Celso de Mello, “O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da CF, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, à suspensão de eficácia de ato oriundo do Poder Executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo”.

a suspender a execução das leis em sentido formal (atos legislativos). A expressão “lei” configurada no art. 52, X, da Constituição tem o sentido de ato normativo de qualquer categoria (lei formal e em sentido material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.³²⁶

Tal controle, no entanto, não pode “avançar naquilo que corresponde aos limites conferidos ao titular da função regulamentar”.³²⁷ Dessa forma, a sustação ou suspensão dos regulamentos deve ocorrer em conformidade com a possibilidade conferida pelo texto constitucional: exorbitância do poder regulamentar, no caso do Congresso Nacional, ou declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva do STF, no caso do Senado.

Um ponto importante diz respeito ao enquadramento do controle exercido pelos Tribunais de Contas, seja em âmbito federal, estadual ou até mesmo municipal, nos locais onde houver. Apesar de o Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo no exercício de suas atribuições e de ser classificado como um órgão de controle externo, deve-se destacar que ele não compõem tal poder e suas decisões são pautadas, em regra, por fundamentos jurídicos, desvencilhando-se de argumentos puramente políticos.

A competência dos Tribunais de Contas, que tem seu maior foco atualmente no art. 71 da Constituição de 1988, enquadra-se como hipótese de controle administrativo, apesar de suas peculiaridades. Não observante este enquadramento, deve-se destacar que não há previsão expressa quanto ao controle de regulamentos editados pela Administração Pública, especialmente com os mesmos efeitos do controle promovido pelo Congresso Nacional e pelo Senado.

A possibilidade do controle da competência regulamentar pelos Tribunais de Contas não é um tema atualmente pacífico. O enunciado sumular 347 do STF dispõe expressamente que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”. Ao que parece o tema estaria resolvido com base neste entendimento. No entanto, algumas decisões individuais da referida Corte já tem começado a se manifestar pela possibilidade de mudança do seu entendimento.

³²⁶ CLÈVE, Clêmeson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 94.

³²⁷ FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 429.

Como exemplo, é possível citar a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no MS 25.888/DF, que trata de decisão proferida no âmbito do Tribunal de Contas da União - Acórdão nº 39/2006, processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria), por meio da qual se determinou à Petrobrás (impetrante do MS) que se abstivesse de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24/08/1998. Em sede de liminar, o Ministro Gilmar Mendes deferiu a medida para suspender a decisão do TCU, entendendo pela inaplicabilidade da súmula 347 no cenário atual.³²⁸

É de se destacar que tal posicionamento foi proferido em decisão monocrática, mas já mostra que as decisões da corte podem vir a trilhar por uma modificação, inobstante o teor da Súmula 347. É necessário ressaltar, a despeito disto, que o controle da competência normativa pelos Tribunais de Contas é importante, especialmente no que concerne a regulamentos com repercussões financeiras para a Administração Pública.

Como alternativa em caso de vir a não ser mais adotada a Súmula 347 do STF, é possível entender que o Tribunal de Contas poderá informar a situação de excesso do poder regulamentar ao Congresso Nacional, com o fim de que este venha a exercer seu poder previsto no art. 49, V, do texto constitucional. Assim, preservar-se-ia o sistema de competências estabelecido na Constituição.

³²⁸ Na oportunidade, o Ministro destacou: “Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual ‘o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988”.

Da exposição contida neste tópico, vê-se que em todas as espécies de controle (administrativo, jurisdicional e legislativo) é possível o controle específico da competência regulamentar. Inobstante isto, o modelo brasileiro ainda não dispõe de um instrumento específico que permita aos cidadãos provocar a retirada da norma jurídica editada pela Administração Pública do ordenamento, o que seria necessário paralelamente ao processo de ampliação da atividade regulamentar existente na atualidade.

4.4. O processo de agencificação e seus reflexos na teoria do poder regulamentar

Discutir a teoria do poder regulamentar sem trazer à tona o processo de insurgência das agências reguladoras ocorrido no direito brasileiro é deixar de lado um dos fatos mais relevantes sobre a ampliação do poder regulamentar. Esses dois temas são sempre relacionados pelos autores, haja vista que o processo de agencificação tem como um dos seus objetivos a desburocratização de determinadas atividades estatais, no que está incluída a ampliação do poder regulamentar, viabilizando o modelo de Estado regulador pretendido no país.

A Constituição de 1988, em seu texto originário, não trouxe uma previsão expressa acerca das referidas agências, apesar de estabelecer a função regulatória estatal no seu art. 174 e a possibilidade de concessão ou permissão de serviços públicos no art. 175. Além disso, o texto constitucional previa um regime jurídico que era considerado burocrático, especialmente diante das crises econômicas e da intensificação da atividade regulatória do Estado. Para entender o modelo brasileiro de agências, é preciso diferenciar as duas espécies adotadas pelo ordenamento jurídico: as agências executivas e as agências reguladoras independentes.³²⁹

A partir de 1995, iniciou-se um programa de reformas da Administração Pública, elaborado pelo então Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), atualmente substituído pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Este programa resultou na edição da Emenda Constitucional 19/1998, que, dentre outras coisas, inseriu o §8º ao

³²⁹ Tendo em vista o objetivo deste trabalho, deixaremos de lado a discussão que envolve o tema referente à independência das agências reguladoras, especialmente no que concerne aos instrumentos de captura do poder regulador.

art. 37, para estabelecer a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, através de contrato de gestão.

A previsão contida no §8º do art. 37 diz respeito às agências executivas. O contrato de gestão é firmado com autarquias pré-existentes, que, com o referido instrumento, passam a deter maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. Não se fala em ampliação do poder regulamentar ou mesmo no estabelecimento de finalidade regulatória às autarquias que se enquadram no dispositivo constitucional.

Trata-se, nas palavras de Arianne Brito Rodrigues Cal, de uma “qualificação de pessoa jurídica já tradicional, pois nada mais são do que autarquias e fundações submetidas a regime jurídico especial”.³³⁰ Não há, portanto, uma nova categoria de ente, mas sim uma ampliação da autonomia da pessoa jurídica existente e integrante da Administração direta ou indireta, de sorte que, no que concerne à competência regulamentar, não há alteração do regime jurídico.

As agências reguladoras independentes, por outro lado, surgiram a partir do final da década de 1990,³³¹ com um processo de criação heterogêneo, tentando importar, consideradas as peculiaridades, o modelo do direito norte-americano.³³² Isso porque a criação das referidas agências se deu através de normas específicas, com estruturas peculiares, não havendo, portanto, um regime jurídico uniforme a elas destinado.³³³

³³⁰ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 48.

³³¹ Não se nega a existência anterior de agências reguladoras, tais como o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), criado em 1933; o Instituto Nacional do Mate (INM), criado em 1938; o Instituto Nacional do Sal (INS), criado em 1940; o Instituto Nacional do Pinho (INP), criado em 1941; e o Instituto Brasileiro do Café (IBC), criado em 1952. Contudo, Antônio Gelis Filho ressalta que, considerando os parâmetros de aferição da independência considerados pela doutrina atual, tais institutos possuem regime jurídico mais restrito e não podem ser consideradas como independentes, apesar do seu perfil regulatório. GELIS FILHO, Antônio. Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, p.589-613, jul. 2006, p. 604.

³³² Atualmente, existem no direito brasileiro, em âmbito federal, dez agências reguladoras. São elas: Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei 9.984/2000; Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) – Lei 11.182/2005; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Lei 9.472/1997; Agência Nacional do Cinema (ANCINE) – MP 2.228/2001; Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei 9.427/1996; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) – Lei 9.478/1997; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Lei 9.961/2000; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) – Lei 10.233/2001; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) – Lei 10.233/2001; e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – Lei 9.782/1999. Há também a Agência Nacional de Mineração (ANM), ainda em processo de criação pelo governo federal através do Projeto de Lei 5.807/2013.

³³³ É necessário esclarecer que tramita o Projeto de Lei 3.337/2004, que visa uniformizar parte do regime jurídico das agências reguladoras. O referido projeto contempla previsões como estabilidade

Ressalte-se que, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, que promoveu a reforma administrativa constitucional, as Emendas Constitucionais 8 e 9, ambas de 1995, inseriram no texto supremo a previsão para criação de um ente regulador em relação aos serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e à exploração do petróleo e gás natural (art. 177, §2º, III).

A importação do modelo de agências reguladoras teve os seus motivos, principalmente a partir do processo de privatização dos setores objeto de posterior regulação. Dentre eles, a necessidade de conferir credibilidade à atividade regulatória desenvolvida pelo Estado. Mas não é só, pois essa inserção no direito brasileiro também teve por finalidade viabilizar uma estrutura jurídica capaz de escapar à burocracia tradicional do modelo de Administração Pública, que já passava por reforma.

Do ponto de vista político, conforme explica Rafael Oliveira, o momento vivenciado pelo país era propício para a inovação pretendida:

Do ponto de vista político, o quadro era propício em virtude das ideias liberalizantes da economia adotadas e implementadas pelo Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. A insatisfação total com a forma ineficiente de atuação do Estado (intervencionista) que não conseguia, dentre outras coisas, reduzir as desigualdades sociais nem diminuir a crise econômica (inflação, etc.), fortalecem os ideais de liberalização da economia. Pretendia-se, destarte, remodelar afeição do Estado, diminuindo-se o seu tamanho com a transferência de inúmeras atividades ao mercado, mas sem que isso significasse um retorno ao modelo clássico de Estado liberal, pois, agora, o Estado passaria a exercer o seu papel regulador através das agências.³³⁴

É nesse mesmo sentido que Regina Silvia Pacheco salienta que “a criação das agências independentes teve outros fundamentos além da necessidade de delegação do Executivo para criar credibilidade regulatória”, asseverando ainda que “as razões para criação de algumas agências parecem envolver a tentativa de escapar à rigidez do modelo burocrático consagrado pela Constituição de 1988”.³³⁵ Dentre as medidas de desburocratização, pode-se citar, dentre outros, a pretensão de fugir ao modelo de

aos dirigentes durante o mandato, possibilita o contrato de gestão para todas as agências, cria o ouvidor independente, disciplina o procedimento de consulta pública, entre outros.

³³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, v. 22, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>> Acesso: 31 jan. 2014.

³³⁵ PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e forma de controle. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, p.523-543, jul. 2006, p. 525.

licitação da Lei 8.666/93, permitir a contratação de servidores pelo regime da CLT, especializar o corpo técnico e a ampliação do poder de criação de normas jurídicas.

Nesse contexto, o processo de agencificação é normalmente relacionado às discussões acerca do poder regulamentar.³³⁶ A inserção das agências reguladoras no direito brasileiro, seja no setor econômico, seja no setor social, não poderia se dar sem que lhes fossem fornecidos os instrumentos necessários para atingir a finalidade para a qual foram criadas. É por esta razão que, dentre as atribuições conferidas pelas leis criadoras das referidas agências, o uso deste poder está previsto como instrumento para concretização de seu objetivo institucional de forma expressa ou implícita.³³⁷

A razão para se relacionar as agências reguladoras com a competência normativa não é de difícil percepção. Como demonstrado no capítulo terceiro deste estudo, a jurisprudência norte-americana, através de um processo evolutivo, construiu uma teoria sobre a delegação legislativa (*delegated doctrine*), permitindo ao Poder Legislativo conferir competência normativa às agências reguladoras, instrumento relevante para atingir as suas finalidades. O processo de implantação de tal modelo no Brasil também suporia o uso desse instrumento, considerando as peculiaridades do ordenamento jurídico nacional.

Todavia, é preciso observar que o problema da ampliação do poder regulamentar e sua compatibilidade com a Constituição de 1988, em decorrência da postura tradicional do direito administrativo-constitucional brasileiro, não é um tema que surgiu com as agências reguladoras. Como salienta Marçal Justen Filho, este tema “já fora objeto de considerações no passado. No entanto, a instalação de

³³⁶ A ampliação do poder regulamentar aparece como uma alternativa as dificuldades e entraves burocráticos do processo legislativo tradicional. Como explica Marçal Justen Filho, ao apontar os problemas e as repercussões da tripartição de poderes na atualidade, “a proliferação da atividade estatal produz um fenômeno que poderia ser denominado de *engarrafamento normativo*. Trata-se da superação dos limites da capacidade da produção de atos de governo. A conjugação das diversas competências acarreta um bloqueio que imobiliza as autoridades estatais. A edição de novos atos pressupõe o cumprimento de trâmites por longos períodos de tempo, o que se agrava especialmente no âmbito das casas legislativas”. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 351.

³³⁷ Nesse sentido, podemos citar como exemplo de remissões à competência regulamentar pelas leis instituidoras, dentre outros, os arts. 48; 57, I; 83; 86, parágrafo único; 96, V; 130; 135, parágrafo único; 145, parágrafo único; 146, I; 150, 162; 163; 172; 214, I; todos da Lei 9.472/1997, em relação à ANATEL; os arts. 2º, VII; art. 8º, VII e parágrafo único; art. 68, §7º; da Lei 9.478/97, em relação à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP; e arts. 1º, XX e XI; 7º, II; 17; 19; 22; 24, parágrafo único; 27; 36; 38, §2º; 43; 67; da Medida Provisória 2.228-1/2001, em relação à Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

agências reguladoras propiciou a renovação do debate. Novos e velhos argumentos passaram a ser considerados nesse debate”.³³⁸

Themístocles Brandão já destacava, em 1964, a tendência de ampliação do poder regulamentar e da prática de delegações legislativas. Ao salientar a importância que vinha ganhando o direito administrativo, especialmente a partir do aumento da intervenção estatal e da progressão de técnicas e métodos de administração, afirma o autor que haveria uma tendência “mesmo nos países de organização mais nitidamente democrática, para aumentar a ação do poder regulamentar, bem como para admitir em maior escala as delegações legislativas”.³³⁹

A Constituição de 1988 não contemplou um regime diferenciado destinado às agências reguladoras, de forma que o regime aplicável deve ser o geral para toda a Administração Pública. O dispositivo constitucional que prevê a atividade regulatória de forma genérica é o art. 174, que não estabelece uma amplitude de poder normativo adicional ao que é típico do Estado.³⁴⁰ Como explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o que se tem admitido é a ocorrência de uma mutação constitucional em relação ao princípio da legalidade e do poder normativo exercido pelo Estado, afetando, conseqüentemente, também as agências reguladoras, que dele fazem parte.³⁴¹

Nesse sentido, deve-se destacar que o processo de reforma do Estado, no que está incluída a ampliação do poder regulamentar, não perpassa exclusivamente pela figura das agências reguladoras. De um lado, existem outros órgãos independentes que assumem também função reguladora no contexto nacional. De outro, mesmo os órgãos centralizados têm exercido com maior intensidade o poder regulamentar como instrumento para consecução de suas finalidades. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão destaca:

³³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 492.

³³⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, Vol. I, p. 19.

³⁴⁰ A Constituição de 1988 também prevê a criação de órgão regulador específico para o setor de telecomunicações no seu art. 20, XI, e para o setor de petróleo no art. 177, §2º, III.

³⁴¹ Afirma o autor que é preciso compreender “[...] a mutação constitucional do princípio da legalidade dos atos administrativos, de tal forma que possa estar justificada, ou juridicamente fundamentada, a atuação normativa das agências reguladoras. Caso contrário, isto é, caso se assumira a concepção tradicional do princípio da legalidade estrita, sequer poderia ser admitida a imposição de normas de conduta por qualquer órgão do Poder Executivo, a não ser por delegação prevista expressamente na Constituição”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 205-224, p. 212.

Não podemos, porém, ter o simplismo de achar que as agências reguladoras independentes constituem a totalidade do fenômeno aventado. Se, por um lado, de fato representam uma grande potencialização do pluricentrismo da Administração Pública, por outro, esta tendência não se originou com elas, possuindo raízes mais remotas; e mais, o próprio movimento atual de complexização e multiorganização administrativa não se reduz ao modelo das agências reguladoras independentes, havendo inúmeras entidades [...] que também se subsumem aos mesmos paradigmas gerais de autonomização dos centros decisórios públicos (universidades, conselhos profissionais, entes independentes desprovidos de competências regulatórias, órgãos constitucionais independentes, etc.).³⁴²

Dessa forma, a inserção das agências reguladoras no direito brasileiro apenas revigorou um antigo debate, partindo de novos argumentos. A compreensão sobre a constitucionalidade do poder regulamentar a elas atribuído passa, portanto, pela teoria geral aplicável à toda Administração Pública, que deve ser compreendida contextualizada com o modelo de Estado regulador adotado atualmente. Essa perspectiva geral será retomada no capítulo subsequente.

³⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 216-217.

5. A CRIAÇÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES ATRAVÉS DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

Chegado a este último capítulo, passa-se a tratar diretamente do questionamento principal proposto no trabalho, que é a análise da possibilidade de criação de direitos e obrigações via regulamentos no direito brasileiro, traduzindo-se no estudo dos limites materiais da competência regulamentar. Para viabilizar esta análise específica, é preciso partir de uma perspectiva ampla, observando a questão sob o prisma do ordenamento jurídico, da doutrina e da jurisprudência, além de considerar a contextualização histórica do assunto já desenvolvida nos capítulos anteriores.

Inicialmente, é necessário debater a questão partindo da interpretação do dispositivo constitucional que é o objeto principal das divergências especificamente no direito brasileiro, já que consagra o princípio da legalidade. Trata-se do art. 5º, II, da Constituição de 1988, que permite o desenvolvimento de teorias divergentes sobre o tema, de repercussão direta e prática na definição dos limites da competência regulamentar e na identificação do sistema adotado pelo Brasil (reserva ou primazia legal).

Com o estabelecimento dos pontos de vistas acerca da interpretação do dispositivo constitucional, é possível adentrar no mérito dos limites constitucionais e principiológicos, inerentes ao controle do conteúdo da norma regulamentar. Estes limites, apesar de não sistematizados pela doutrina brasileira, podem ser colhidos e contextualizado a partir dos posicionamentos existentes.

Não podendo também ficar de fora, a jurisprudência brasileira sobre o assunto deve ser observada para identificação de como vem sendo tratado o tema pelos tribunais pátrios, mais especificamente no âmbito do STJ e do STF, competentes para padronização da matéria legal e constitucional. A análise da jurisprudência é essencial para não desprender a construção teórica da abordagem contemporânea e prática do assunto no âmbito do Poder Judiciário.

Com este cenário, propomos alguns pressupostos a serem observados para viabilizar a releitura da teoria regulamentar no direito brasileiro e, com isso, passar à abordagem da teoria que vem sintetizando a prática quanto aos limites na criação de direitos e obrigações. Tal teoria, como se verá, apesar de extraída do direito estrangeiro e de possuir coerência com o novo papel assumido pelo Estado na

atualidade, possui resistências de ordem constitucional para ser admitida e incorporada ao direito nacional quando colocada sobre certos pontos de vista, ao mesmo tempo em que se apresenta como uma nova perspectiva para compatibilização entre o princípio da legalidade e a prática estatal.

5.1. A interpretação acerca do art. 5º, II, da Constituição de 1988: primazia ou reserva legal?

O art. 5º, II, da Constituição de 1988 repete o conteúdo que vem desde a Constituição de 1891 (art. 72, §1º), ao prever que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se da inserção, no direito brasileiro, do que se denominou tradicionalmente de princípio da legalidade, que também é repetido em outras passagens para situações específicas, como consta, por exemplo, no art. 5º, XXXIX, art. 37, *caput* e art. 150, I, todos do texto constitucional. O debate sobre a interpretação da norma precitada passa pela observação acerca de qual o sistema adotado pelo ordenamento jurídico: o da reserva legal ou primazia legal?

O dispositivo não pode ser considerado isoladamente e em sua literalidade, devendo observar o desenvolvimento histórico do assunto (abordado no capítulo anterior) e a sistematicidade com as demais normas constitucionais e legais, a exemplo do princípio da separação de poderes, referido no art. 2º da Constituição de 1988. Apesar desta contextualização normativa, até mesmo as próprias expressões inseridas no art. 5º, II, causam interpretações polêmicas.

Neste aspecto, retoma-se a discussão, em âmbito nacional, entre os doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Roberto Grau, que abordam o assunto sob perspectivas diversas. O primeiro autor, que encabeça a tese contrária à ampliação da competência regulamentar em favor do Estado, defende a observância fiel do princípio da legalidade em seu sentido estrito, argumentando que a expressão “em virtude de lei” não admitiria um sentido ampliativo, seja para permitir a criação de direitos e obrigações através de regulamento, seja para inovação no ordenamento jurídico.

Na sua interpretação,³⁴³ o autor é enfático ao defender a impossibilidade de criação de direitos e obrigações via competência regulamentar:

Com efeito, 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. [...]

Note-se que o preceptivo não diz “decreto”, “regulamento”, “portaria”, “resolução” ou quejandos. Exige *lei* para que o Poder Público possa impor obrigações aos administradores. 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.³⁴⁴

Para fundamentar a defesa do princípio da legalidade em sentido estrito, o autor se baseia na inexistência de autorização expressa para exercício da competência regulamentar e no princípio da separação de poderes, além de indicar a incompatibilidade da Constituição brasileira com o modelo francês de divisão de competências. Afirma ainda que não há possibilidade de inovação no ordenamento jurídico via regulamento editado pelo Estado.

No mesmo sentido, Pinto Ferreira entende que “a palavra lei é empregada em seu sentido formal, como *terminus technicus*”. Para o autor, a lei se transforma “em comando genérico e abstrato, que os órgãos jurisdicionais e a administração pública devem executar e aplicar, limitando-se ao cumprimento legal”.³⁴⁵

Segundo defende, a distinção entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal no direito brasileiro não possuiriam elementos substanciais para justificar uma flexibilização da exigência de lei na criação de direitos e obrigações. Assim, seriam apenas duas perspectivas diferentes sobre um mesmo fato.

A legalidade corresponderia à perspectiva de sujeição de todos às normas da lei em sentido formal, enquanto que a reserva legal teria relação com a exigência de lei para regulação de determinadas matérias, podendo ser relativa ou absoluta. Na reserva absoluta, não haveria espaço para o regulamento, devendo a lei exaurir a

³⁴³ No mesmo sentido é Maria Sylvia Di Pietro, a qual afirma expressamente que “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65.

³⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 337-339.

³⁴⁵ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, Vol. 1, p.64.

matéria nela veiculada. Por outro lado, a reserva relativa permitiria a atuação normativa do Poder Executivo, nos limites e condições da própria lei editada, com a finalidade de lhe dar cumprimento. De uma forma ou de outra, entende o autor que o espaço da competência regulamentar é restrito à categoria dos regulamentos de execução.³⁴⁶

Tanto é assim que chega a afirmar expressamente em seus comentários que os regulamentos não poderiam constituir ato normativo primário, na medida em que “só vale dentro da lei, conforme a lei, segundo a lei, devendo tão-somente indicar o modo de determinar a observação da lei, que deve regulamentar”, de maneira que só podem ser compreendidos *secundum legem*, já que “não têm o poder de inovar a ordem jurídica nem criar deveres e obrigações”.³⁴⁷

Pontes de Miranda, analisando a Constituição de 1967, que adotou sistema semelhante ao da de 1988 no que concerne à matéria regulamentar, também segue esta linha de pensamento. Apesar de apontar as dificuldades deste modelo que restringe o âmbito de atuação normativa da Administração Pública, defende que a atividade regulamentar, no direito positivo brasileiro, não admite que os regulamentos insiram normas jurídicas para regular autonomamente condutas a partir do seu próprio texto, mas apenas para adequar as condutas ao texto já existente da lei em sentido formal:

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 entender o texto [...] Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. 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.³⁴⁸

³⁴⁶ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1989, p.248-249.

³⁴⁷ É interessante observar que o autor sequer admite os regulamentos delegados ou autorizados, pois entende que a ampliação da competência regulamentar via lei resultaria em violação do previsto no art. 5º, II, do Texto Constitucional. FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1989, p.552.

³⁴⁸ Miranda, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 314.

José Afonso da Silva, adotando também esta linha de pensamento, porém de forma mais atenuada, afirma que o art. 5º, II, da Constituição de 1988 traduz o princípio da legalidade sob a perspectiva de uma verdadeira reserva genérica da lei em sentido estrito. Isto, contudo, não excluiria a atividade normativa secundária da Administração Pública. Para ele, a expressão “em virtude de”, contida no referido dispositivo, impõe que o núcleo essencial do direito ou da obrigação deve estar estabelecido na lei em sentido estrito (reserva geral), mas outros aspectos e detalhes podem ser atribuídos a uma norma complementar, sem que seja necessariamente lei em sentido estrito e sem que haja violação à legalidade.³⁴⁹

A atenuação da rigidez do princípio da legalidade vem sendo construída a partir da necessidade de fornecer ao Estado os instrumentos compatíveis com a função que exerce, dada a intensificação de sua intervenção social e econômica na atualidade.³⁵⁰ É nesse sentido que Caio Tácito explica que a rigidez do princípio da legalidade no Brasil é uma decorrência histórica, que perdura do texto das constituições antecedentes e de boa parte das lições doutrinárias, mas que tem seu contraponto nas exigências de intervenção estatal para garantia do cumprimento dos direitos.³⁵¹

Como oposição da doutrina tradicional que defende o princípio da legalidade em sua maior rigidez, Eros Roberto Grau, principal defensor antagônico ao posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello e de boa parte da doutrina administrativa brasileira, parte de pressupostos diversos para defender que o art. 5º, II, da Constituição de 1988 estabelece o princípio da legalidade sob termos relativos.³⁵² Para o autor, há que se diferenciar a “vinculação da Administração às

³⁴⁹ Apesar de admitir regulamentos executivos e organizacionais, o autor não vislumbra o regulamento autônomo no direito brasileiro. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 421.

³⁵⁰ Interessante colocação a de Maurício Zockun que, embora não tenha sido objeto central de sua obra, observa preliminarmente que a palavra “lei” utilizada pelo art. 5º, II, da Constituição de 1988 não representa necessariamente atividade típica do Poder Legislativo, citando como hipótese abarcada pelo dispositivo, por exemplo, os atos de supremacia especial, “que visam, na intimidade da estrutura orgânica de um dado Poder, a disciplinar o modo próprio de seu funcionamento”. ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 70.

³⁵¹ TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 142-151, p. 146 Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.

³⁵² Analisando a doutrina administrativa tradicional do direito brasileiro, o autor a critica aduzindo ela, “isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliados a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais”. EROS ROBERTO. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 229.

definições da lei” e “vinculação da Administração às definições decorrentes – isto é, fixadas em virtude dela – da lei”. Na primeira hipótese, estaríamos diante da reserva legal, enquanto que, na segunda, haveria apenas uma primazia da lei sob o regulamento, o qual poderia estabelecer direitos e obrigações, desde que houvesse “manifesta, explícita ou implicitamente atribuição para tanto”.³⁵³

A mesma ideia sugere Tércio Sampaio Ferraz, ao explicar que o sentido de legalidade contemporâneo não vê mais a lei como uma condição à inserção de normas jurídicas no ordenamento através da competência regulamentar, mas sim como um limite. Para ele, a eficiência da Administração Pública, princípio consagrado constitucionalmente, é atendida na medida em que as normas jurídicas editadas via regulamento tenham razoabilidade, analisando os meios e fins de forma coerente, com base em uma discricionariedade limitada.³⁵⁴

Também pensa na mesma linha José Carlos Francisco, ao argumentar que a reserva de lei prevista nos demais dispositivos legais não é um mero acaso, antes seria uma verdadeira distinção de regimes jurídicos. No que se refere à legalidade geral (primazia), defende que à lei cabe a estruturação dos temas, enquanto que aos regulamentos deve ser atribuída a organização e conjuntura do direito ou da obrigação.³⁵⁵

Diante disto, para esta noção de relatividade sobre a interpretação do princípio da legalidade, os regulamentos poderiam inserir normas jurídicas de conteúdo mais amplo do que defende a doutrina administrativa tradicional do direito brasileiro, desde que obtivessem atribuição explícita ou implícita para tanto. Esta atribuição poderia ser a partir da própria legislação (como, por exemplo, através de conceitos jurídicos indeterminados ou de opção conferida pela legislação) ou decorrente do próprio texto constitucional. O exercício da competência regulamentar, nesse sentido, poderia inserir normas jurídicas criadoras de direitos e obrigações a partir de atribuições

³⁵³ Eros Roberto. **Op. cit.**, p. 242-243.

³⁵⁴ Explica ele que o princípio hermenêutico da legalidade “está na solidariedade entre meios e fins, donde a razoabilidade da atividade administrativa, submetida, então, a uma avaliação de sua eficiência. Nestes termos, o respeito à legalidade exige do intérprete uma distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, bem como uma concepção da discricionariedade que não se limita a um juízo de oportunidade, mas alcança os juízos de realidade (avaliação de políticas de implementação de objetivos e, por conseguinte, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos). FERRAZ, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 205-224, p. 214..

³⁵⁵ FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 316.

decorrentes da Constituição ou de lei em sentido estrito (art. 59 da Constituição de 1988).

Quanto à possibilidade de inovação e retornando ao que aduz Eros Roberto Grau, tal capacidade, segundo ele, estaria relacionada diretamente com a noção de norma jurídica, conceituada como “o preceito, abstrato, genérico e inovador- tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico”.³⁵⁶ Não haveria sentido, então, em se afirmar que os regulamentos não poderiam inovar no ordenamento jurídico, uma vez que a inovação seria característica intrínseca de qualquer norma jurídica.

Neste ponto, concordamos com o referido doutrinador, no sentido de que há uma diferenciação nem sempre observada pelos autores que abordam o assunto. A ação de “criar direitos e obrigações” é utilizada na concepção resumida de “inovar”, que não traduz o mesmo sentido.³⁵⁷

A inovação tem por pressuposto a inserção de algo novo, ou seja, algo não existente até o momento. Esta novidade, no entanto, não resulta necessariamente na criação de um direito ou uma obrigação diretamente, podendo trazer apenas aspectos relevantes desta ou daquele, como, por exemplo, o modo ou prazo do seu cumprimento, sendo certo que, nem por isso, deixará de inovar no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, ao comentar as diversas espécies de regulamentos, Santi Romano³⁵⁸ defende que não só os regulamentos autônomos constituem direito objetivo, mas também as outras modalidades, inovando no ordenamento:

Não somente estes últimos regulamentos – como julga uma opinião muito difundida – mas também os pertencentes às demais categorias mencionadas, devem ser considerados atos constitutivos de direito em sentido objetivo. É exato que uns se fundam sobre o poder executivo geral que o Estado tem para com todos os seus dependentes, e outros sobre um poder especial que se tem para com determinados órgãos, institutos, sujeitos. Em consequência, varia a respectiva esfera de eficácia, que é geral para os primeiros, especial ou interna para os

³⁵⁶ Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 235.

³⁵⁷ Aqui, estamos nos referindo à inovação no campo normativo abstrato, pois é certo que as normas individuais (a exemplo dos contratos) também inovam. No entanto, o objeto do estudo se restringe ao campo do ordenamento jurídico considerado abstratamente.

³⁵⁸ É importante ressaltar que o referido autor escreve ainda antes da Constituição italiana de 1947. Em que pese o período da escrita e seu momento histórico vivenciado, as suas lições se tornam atuais na medida em que o tema vem sendo relido, principalmente no direito nacional. Com as devidas adaptações e colocações, suas posições são relevantes para o estudo e análise da teoria regulamentar.

demais. Mas é inexato qualificar de jurídicos apenas os primeiros, considerando os segundos fora da órbita das normas jurídicas.³⁵⁹

Assim, uma norma jurídica, quando inserida no ordenamento, tem sempre por característica o fato de inovar este, na medida em que põem algo inexistente até o momento, seja pelo seu conteúdo (quando não for repetição da lei), seja pelo seu status. A criação de um direito ou obrigação, por outro lado, é situação mais específica e que não pode ser considerada como sinônimo de todas as hipóteses de inovação no direito. Este é um pressuposto essencial para entender os fundamentos dos que defendem uma releitura do art. 5º, II, da Constituição de 1988.³⁶⁰

É bem verdade que a questão relativa à adoção do modelo de primazia ou reserva legal no direito brasileiro causa polêmica, com bastante resistência pela doutrina e jurisprudência contra a posição de alargamento da competência regulamentar. Contudo, é preciso observar que esta tendência de rejeição à ampliação do campo de atuação dos regulamentos decorre das noções extremistas dos dois conceitos, a partir de experiências e comparações do direito alienígena.

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 não promove uma divisão de competências entre lei e regulamento, tal como existente no direito francês. Contudo, já se viu que tal omissão normativa não impede a interpretação do sistema jurídico para viabilização da competência regulamentar. Assim, para se chegar a alguma conclusão sobre este assunto, é necessário analisar o direito brasileiro em sua contextualização nacional e internacional.

Retomando as noções propostas por Eros Roberto Grau e partindo de sua tese antes explicada, este autor defende que a interpretação do art. 5º, II, da Constituição de 1988 não permite inferir a adoção de um modelo de reserva legal geral, tal como pretende a doutrina tradicional. Para o autor, existiria um sistema misto. Enquanto a norma geral do art. 5º, II, do Texto Constitucional estabeleceria a primazia da lei para

³⁵⁹ ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, Tradução de Maria Helena Diniz, p. 352.

³⁶⁰ No mesmo sentido é também o pensamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha: “Tem-se afirmado que a Administração Pública, no exercício de sua competência regulamentar, não inova na ordem jurídica. É certo que a normatividade que se veicula pelo regulamento administrativo é de segundo grau, norma derivada de lei, sem a primariedade que caracteriza esta figura. Entretanto, a própria lei pode introduzir o veio inovador do Direito e entrega-lo, nos limites e condições nela definidos, ao agente a que se atribui a competência regulamentar. [...] O que não é admissível é que o regulamento ultrapasse ou se ponha à margem ou contra a lei, pois esta é o seu fundamento imediato de validade”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 94.

tratar dos assuntos em geral, outras normas fixariam a reserva legal, sem espaço para a competência regulamentar.

Exemplificando, ter-se-ia a reserva legal no art. 5º, XXXIX, art. 150, I e parágrafo único do art. 170. Nestas hipóteses, apenas lei em sentido estrito poderia inserir normas jurídicas sobre a matéria, enquanto que, fora deste campo, o poder regulamentar deteria maior liberdade. Seria, na ótica do autor, uma divisão do princípio da legalidade, que adotaria ora uma primazia, ora uma reserva de competência.³⁶¹

Apesar de tal tese ter um raciocínio coerente com as premissas do direito constitucional, especialmente no que se refere à utilidade das expressões construídas pelo Poder Constituinte, ainda assim não podemos concordar com esta linha de pensamento em todos os seus termos. Realmente, o princípio da legalidade sofreu mutação no que se refere à sua interpretação, principalmente para dar espaço à atuação regulamentar. Isto, contudo, não confere um campo livre de competência deferida ao Poder Executivo para inserir normas jurídicas no ordenamento pátrio.

Como antes salientado, inclusive pelo próprio Eros Roberto Grau, a norma inserida via regulamento deve ter sua competência definida em decorrência da lei em sentido estrito ou da Constituição, por meio de uma atribuição expressa ou implícita. Nesse sentido, embora se admita que a competência regulamentar não se adstrinja mais à noção tradicional e restrita, não há como se interpretar o sistema constitucional para conferir um âmbito de atuação livre ao Executivo no exercício da função normativa residual.

Seja como for, é certo que a interpretação do art. 5º, II, da Constituição de 1988 é fundamental para definir os limites materiais da competência regulamentar. Em que pese a existência de uma grande parte da doutrina defendendo a restrição do campo de atuação das normas regulamentares, o que se vê é uma mudança paulatina, mas ainda não maturada, dos rigores que o princípio da legalidade poderia sugerir.

A história do direito brasileiro permite observar que o texto constitucional que prevê o princípio da legalidade foi objetivado não com a finalidade de se referir à lei

³⁶¹ Destaca ele: “Dizendo-o de outra forma: se há um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei -, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias não cabem regulamentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda – *verba cum effectu sunt accipiendā*”. Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 243.

em sentido relativo – noção extrema dos relativistas -, mas sim a uma primazia geral destinada aos instrumentos do processo legislativo constitucional. Isto, contudo, não impede que haja uma reinterpretação de sua funcionalidade, especialmente para permitir a atuação regulamentar construtivista de direitos e obrigações. É neste cenário que surge a teoria da densidade mínima normativa como exigência de atendimento ao princípio da legalidade, analisada mais a frente.

Antes, contudo, é preciso também analisar a aplicabilidade do princípio da separação de poderes quanto ao tema no direito brasileiro, já que se trata de um dos principais argumentos de óbice à atuação regulamentar.

5.2. Limites materiais de índole lógica e principiológica

Os limites materiais (ou, em outros termos, limites substanciais) dizem respeito ao conteúdo veiculado na norma regulamentar em confronto com o ordenamento jurídico vigente, abstraindo-se as questões meramente formais (como, por exemplo, titularidade, procedimento etc.). Neste aspecto, é importante citar novamente as lições de Santi Romano, devidamente adaptadas ao direito nacional. O autor elenca sete limites materiais ao exercício do poder regulamentar, os quais se passam a analisar individualmente.³⁶²

O primeiro limite enumerado pelo autor é a impossibilidade de que a norma regulamentar venha a contrariar a lei formal – em sentido estrito (Constituição, lei complementar, leis ordinárias etc.), nem aos princípios constitucionais ou legais. Tal limite se aplica especificamente no direito brasileiro, haja vista que é adotado o sistema de hierarquização entre lei e regulamento, de sorte que aquela se encontra em um status jurídico superior.

Deve-se observar que o limite não diz respeito apenas ao texto expresso da norma legal, mas também aos seus dizeres implícitos, seja de âmbito legal ou constitucional. Nesse sentido, é possível citar como princípio de observância obrigatória, entre outros, o princípio da publicidade, eficiência, motivação etc. O

³⁶² Apesar dos limites terem sido apontados há muito tempo no contexto do direito italiano – que possui, inclusive, um sistema estrutural diferenciado em matéria regulamentar -, a sua relevância para a retomada da discussão no direito brasileiro é facilmente identificável, podendo ser utilizados como parâmetro neste estudo pela pertinência com o direito brasileiro e com as premissas do presente trabalho. ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, Tradução de Maria Helena Diniz, p. 356-357.

próprio princípio da legalidade, de acordo com os limites de cada interpretação (indicados no item anterior), precisa ser observado em sua essencialidade.

O princípio da motivação pode ser considerado peculiar em relação ao poder regulamentar. Isto porque os regulamentos não são expedidos, como regra, contendo os motivos pelos quais foram editados, havendo, normalmente, apenas a indicação de seus fundamentos normativos na cadeia hierárquica jurídica. Entretanto, isto não significa que a competência pode ser exercitada sem que haja motivação, que pode ser externada através de outros instrumentos, como, por exemplo, a partir de processo prévio de justificação e análise na criação normativa.

Cáio Tácito afirma que a motivação é importante, na medida em que permite o controle do poder regulamentar, principalmente sob os aspectos da proporcionalidade e razoabilidade. O autor afirma que, na maioria dos atos praticados pelo Estado, chega a ser condição de validade, pois permite aferir, inclusive, a proporcionalidade e razoabilidade da decisão administrativa, evitando o abuso de poder e o arbítrio da autoridade.³⁶³

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como expressão do devido processo legal (*due process of law*) sob o prisma substancial são os que ganharam maior foco no estudo do controle dos atos administrativos, como já destacado no capítulo anterior. Apesar da subjetividade que eles proporcionam, ainda assim são considerados como limites materiais ao poder regulamentar.

Interessante colocação é a de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual elenca, como princípio a ser observado pela Administração Pública no exercício do poder regulamentar, o princípio da realidade e, como consequência deste, o da proporcionalidade. Para o autor, os comandos emitidos pelo Estado precisam ser pautados na realidade, havendo possibilidade de produzir eficácia. A ausência deste efeito, para ele, seria uma desmoralização da atividade normativa:

Sob o padrão da realidade, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter sempre condições objetivas de serem efetivamente cumpridos em favor da sociedade a que se destinam. O sistema legal-administrativo não pode ser um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas um instrumento sério de modelagem da realidade dentro do possível.

³⁶³ TÁCITO, Cáio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 142-151, Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, p. 146.

O perigo de violação do princípio da realidade é, ainda por cima, a desmoralização da ordem jurídica pela banalização da ineficiência e a vulgarização do descumprimento, além do pesado tributo do ridículo. [...] ³⁶⁴

O princípio da razoabilidade, apesar de estar relacionado com o princípio da realidade, seria uma vertente mais além, com a análise da decisão tomada que definiu o conteúdo da norma. Explicando melhor, a razoabilidade estaria na análise acerca da contribuição da norma para o atendimento satisfatório do interesse público buscado.

Passando adiante, ainda na enumeração propiciada por Santi Romano, o segundo limite indicado pelo autor diz respeito à impossibilidade de editar normas reservadas expressamente ao Poder Legislativo, com reserva legal específica e absoluta, sem possibilidade de delegação.

Já se viu no tópico anterior que este ponto é onde reside a maior parte das controvérsias no que atine ao tema da competência regulamentar, pela razão de que a definição sobre o modelo adotado (primazia ou reserva legal, absoluta ou relativa) vai depender da opção política em cada ordenamento jurídico. Depende, ainda, da realidade de cada nação e da construção teórica em volta do tema.

O terceiro limite proposto pelo autor é o de que as normas regulamentares não podem ser elaboradas sem o caráter de generalidade. Embora não desça a maiores detalhes, entende-se que tal requisito serve para permitir a sua caracterização como norma regulamentar e não como mero ato administrativo. Apesar da discussão que existe sobre o assunto, o posicionamento externado neste trabalho já pontuou que a norma editada pelo Estado deve possuir a característica da generalidade e abstração para assim ser considerada.

Como quarto limite, aponta-se a impossibilidade de restringir certos poderes discricionários que a lei, de forma explícita ou implícita, tem a finalidade de reservar inteiramente a decisão à autoridade competente para que considere caso a caso, com as suas devidas particularidades. Aqui, privilegia-se a opção conferida pela própria lei, garantindo-se uma decisão mais coerente com o fato específico e suas peculiaridades.

³⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 37-38.

O quinto limite diz respeito à relação entre o conteúdo objeto da regulamentação e a esfera de competência da autoridade administrativa que edita o regulamento. Exige-se que a norma elaborada pela autoridade esteja afeta ao âmbito de competência substancial da autoridade. Exemplificando, o regulamento inserido no ordenamento pelo titular do Ministério do Transporte, deve se referir à matéria que lhe é afeta, não podendo adentrar em outros assuntos sem pertinência, como, por exemplo, na matéria de comunicação social, afeta ao Ministério das Comunicações.

Como sexto limite, o autor leva em consideração a hierarquia normativa no âmbito da Administração Pública. Para ele, uma norma editada por determinada autoridade não pode infringir normas editadas por autoridades a ela superiores. Trata-se de regra que tem por fundamento o poder hierárquico na Administração Pública, haja vista que há um escalonamento de atribuições para permitir o funcionamento organizacional do Estado. Não se poderia imaginar, por exemplo, que fosse editada uma norma por um Ministro de Estado em violação a uma determinação do Presidente da República, quando concorrentes para tratar da mesma matéria via norma regulamentar.

No que concerne a este aspecto, entendemos que ele se enquadra melhor como limite formal, na medida em que não há uma objeção relacionada ao conteúdo da norma regulamentar. A limitação apontada pelo autor diz respeito apenas à compatibilidade formal decorrente da hierarquia normativa.

Por fim, aponta-se como sétimo limite a impossibilidade de o regulamento determinar a eficácia retroativa de sua aplicação, baseando-se, inclusive, no princípio da boa fé. As normas regulamentares devem ter efeitos pró-futuros, ou seja, incidindo a partir de sua aplicação ou de outro momento futuro em diante, sem atingir fatos ou direitos pretéritos.

No direito brasileiro, adota-se a regra geral da irretroatividade das normas jurídicas, principalmente em respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF/88 e art. 6º do Decreto-lei 4.657/1942). Nesse sentido, a norma jurídica regulamentar segue tal princípio de forma ainda mais rigorosa. Tanto é assim que não se tem permitido até mesmo a aplicação de interpretação retroativa de norma administrativa pela autoridade, conforme se pode verificar em nível federal, por exemplo, do disposto no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/99.

O que se pode depreender dos sete limites traçados por Santi Romano é que a competência regulamentar deve ser exercida dentro de parâmetros legais e observar o ordenamento jurídico vigente em seus mais variados aspectos. O estabelecimento de limites, sejam legais ou principiológicos, é importante para permitir o controle da referida competência, evitando, com isso, abuso de poder e o cometimento de ilícitos.

É bem verdade que o direito brasileiro não comporta uma sistemática de controle administrativo e jurisdicional amplo incitado pelo cidadão, haja vista que os instrumentos são limitados, pelo menos do ponto de vista dos administrados. Os limites materiais da competência regulamentar, por outro lado, se não ampliam os instrumentos de controle, pelo menos proporcionam um aprofundamento deste controle quando exercido.

5.3. Posicionamentos externados pelo STJ e STF sobre a matéria

Tratando especificamente sobre os limites materiais da competência regulamentar, é preciso abordar como os tribunais nacionais vêm enfrentando o tema, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal de Federal (STF), os quais detêm a atribuição de unificar os entendimentos sobre o assunto no âmbito legal e constitucional.

Analisando os precedentes mais antigos do STF, percebe-se que havia uma tendência no pensamento dos ministros que compunham a referida corte no sentido de restringir a competência regulamentar, trilhando pela linha que defende a doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro. Apesar disto, ainda assim é possível verificar que os julgados não seguiram sempre uma linha de unanimidade no assunto.

Dentre os julgados sobre a matéria, dois mais antigos são importantes de serem analisados. Primeiramente, é interessante observar o voto do ex-Ministro Aliomar Baleeiro no RE 76629/RS, julgado em 29/03/1974, pela Primeira Turma. Tratava-se de lide na qual se discutia se o art. 3º do Decreto 57.618/66 exorbitava dos limites da Lei 4.862/65.

Explicando melhor, a Lei 4.862/65, visando conter a inflação, instituiu benefícios fiscais objetivando evitar o aumento de preços. O Decreto 57.618/66, por sua vez, havia estabelecido que o aumento de preço além do limite nele estabelecido (condição nova não prevista na lei) ensejaria perda dos favores fiscais. O interessante é que,

apesar de não analisar de forma didática a questão da competência regulamentar, salientou-se que a norma regulamentar não poderia trazer nova condição sem respaldo em lei.

No entanto, o Ministro Aliomar Baleeiro afirmou expressamente em seu voto como relator do acórdão que o regulamento poderia inovar e até mesmo criar a condição, desde que a lei em sentido formal houvesse expressamente conferido essa possibilidade, fixando apenas os seus *standards*. Assim, a norma editada pela Administração Pública ficaria incorporada à lei, atendendo às exigências do princípio da legalidade. Assim afirmou o precitado Ministro:

Nestes assuntos, dou sempre muita importância a *ratio juris*, entendo que se o legislador quer os fins, concede os meios. Mas, no caso, a lei estabelece condições, que se devem entender taxativas. Meu voto confirmaria o v. Acórdão se a Lei 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir. Aí, não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de *standards* jurídicos de caráter técnico [...]

O outro caso interessante e aí já mais recente do que o julgado anteriormente citado é a medida cautelar julgada em 17/06/1998 pelo Tribunal Pleno na ADI 1075, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Na oportunidade, embora tendo por objeto também outros assuntos, analisou-se o disposto no art. 1º, §2º, da Lei 8.846/94, o qual permitia ao Ministro da Fazenda estabelecer “para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, os documentos equivalentes à nota fiscal ou recibo podendo dispensá-los quando os considerar desnecessários”.

Ao julgar o assunto, considerou a Corte que o dispositivo supracitado seria constitucional, na medida em que não estaria conferindo competência ao Ministro de Estado para edição de ato normativo primário, estabelecedor de direitos e obrigações. Tratar-se-ia de previsão para edição de regulamentos executivos, subordinados à lei, sem possibilidade de criação de direitos ou obrigações.³⁶⁵ Em que pese ter entendido pela constitucionalidade do dispositivo, destacou-se que o sistema brasileiro apenas admitiria, no âmbito da competência regulamentar, a figura do regulamento executivo.

³⁶⁵ Segundo salientou o Ministro Celso de Mello “As instruções regulamentares pertinentes ao tema versado no preceito legal em questão, se e quando emanarem o Ministro da Fazenda, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois, como ressaltado pelo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, o exercício do poder regulamentar, por Ministro de Estado, ‘não pode contrariar a lei, exigindo, em matéria tributária, o que esta não exigiu, ou distinguindo onde ela não distinguiu’ (RT 69/510, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO)”

Apesar deste posicionamento anteriormente referido, o Ministro Eros Roberto Grau, antes integrante da Suprema Corte, tentou fazer prevalecer o seu entendimento quanto ao poder regulamentar em alguns precedentes, defendendo a relatividade do princípio da legalidade.

No julgamento do MS 24519/DF pelo Tribunal Pleno, em 28/09/2005, de relatoria do referido Ministro, o impetrante impugnava a determinação do TCU de devolução dos recursos dispendidos pelo CNPq no custeio de seu doutorado, realizado no estrangeiro, haja vista que ele não havia retornado ao país, conforme determinações constantes da Resolução Executiva CNPq 114/81 e Resolução Normativa 05/87. Apesar de não ter sido abordado de maneira mais aprofundada o tema relativo à competência regulamentar, estas normas foram consideradas constitucionais, tendo como fundamento de validade direto o art. 207, *caput* e §2º, da Constituição de 1988, que conferem autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades.

Mais contundente foi o posicionamento do mesmo Ministro no julgamento do HC 91509/RN e 85060/PR, analisados pela Segunda Turma em 27/10/2009 e pela Primeira Turma em 23/09/2008 respectivamente, que trouxeram fielmente o seu pensamento no voto por ele proferido. Em ambos julgados, tratava-se da criação de varas especializadas para processamento e julgamento de crimes sexuais através de resolução do Poder Judiciário.

No voto proferido pelo Ministro Eros Roberto Grau, o seu posicionamento se deu nos termos do seu pensamento exposto no tópico 5.2 deste trabalho, ou seja, pela possibilidade do exercício da função normativa pelo Poder Executivo e Judiciário onde não houver reserva legal, inclusive criando direitos e obrigações. Aduziu o Ministro que a expressão “em virtude de”, constante do art. 5º, II, da Constituição de 1988, possibilitaria que a criação decorresse indiretamente da lei, através de atribuição de competência. A partir daí, iniciou-se a discussão pelos demais ministros.

O Ministro Carlos Brito, abrindo a divergência, salientou que, inobstante concordar com a conclusão do Ministro Eros Grau, entendia que o art. 5º, II, expressava o princípio da legalidade em sentido estrito, exigindo a criação de direitos e obrigações diretamente pela lei, considerada essa dentro das hipóteses do art. 59 do Texto Magno. Diante do seu posicionamento, o Ministro Sepúlveda Pertence indagou, então, se as demais modalidades normativas infralegais seriam inócuas, pergunta que foi respondida pelo Ministro Carlos Brito sob o argumento de que a lei

teria função de garantia face às prerrogativas do Poder Público no Estado Democrático de Direito.

Em que pesem as divergências, manteve-se o indeferimento da ordem nos dois *habeas corpus*,³⁶⁶ acabando por ter sido lavrado o acórdão com a relatoria do Ministro Relator. Os julgados posteriores, mais recentes, portanto, mostram que o entendimento da Corte vem relativizando a rigidez do princípio da legalidade para permitir uma ampliação da competência regulamentar.

No MS 27621/DF, de relatoria para acórdão do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 07/12/2011 pelo Tribunal Pleno, analisou-se a constitucionalidade de atos regulamentares expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que determinavam a obrigatoriedade de inscrição dos magistrados no sistema BACEN-JUD (para realização da penhora *on-line*), através do ato proferido no Pedido de Providências 2007.10.00.001581-8. O fundamento constitucional do ato normativo era consubstanciado no art. 103-B, §4º, I, que prevê como competência do referido conselho a expedição de atos regulamentares.

É bem verdade que, nesta hipótese, o fundamento utilizado para viabilização do poder regulamentar diz respeito diretamente ao CNJ, que possui regulamentação própria na Constituição de 1988, ao prever a sua competência regulamentar. Entretanto, há que se destacar que o Texto Magno em nenhum momento aduz que esta competência poderia resultar na criação de direitos e obrigações, de sorte que a análise do assunto não pode ser dissociada da interpretação do art. 5º, II, da Constituição Federal.

Porém, logo na ementa do referido julgado, colhida do voto do Ministro relator do acórdão, consta que os atos regulamentares se traduziriam em “atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão” e que o CNJ, “no lícito exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa”.

A Ministra Cármen Lúcia, inicialmente relatora, entendeu que a ordem deveria ser concedida, na medida em que a decisão do CNJ afetaria a independência funcional dos magistrados e disporia diferentemente da legislação regente. Para ela,

³⁶⁶ Mesmo para o Ministro Carlos Brito, o fundamento para a edição da resolução encontrava-se na própria lei que dispunha sobre o assunto, razão pela qual não havia que se falar em excesso do poder regulamentar.

o art. 665-A do CPC traria uma faculdade ao julgador, que poderia ou não se utilizar do meio eletrônico ou não. Assim, não haveria espaço para uma norma infralegal determinar aos magistrados uma conduta em específico, quando não há previsão legal e, ainda pior, quando a lei disporia de maneira diversa.

Após o posicionamento da referida ministra, o debate se intensificou entre os Ministros, variando entre a análise da eficiência e da juridicidade. Com o pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, este proferiu seu voto, que restou prevalecente, no sentido da legalidade da norma expedida pelo CNJ. Para o Ministro, a competência para edição de atos regulamentares abrangeria “atos administrativos gerais, normativos ou regulamentares que são aqueles sem destinatário específico, com finalidade normativa” e que, nesse sentido, poderia impor obrigações.³⁶⁷

É interessante observar que não se chegou a debater frontalmente a interpretação do art. 5º, II, da Constituição de 1988 e o princípio da legalidade. Contudo, o próprio julgado permite verificar que os posicionamentos deixaram de lado a rigidez da exigência de lei em sentido estrito para permitir uma competência regulamentar mais ampla.

Por outro lado, no RMS 28487/DF, julgado em 26/02/2013 pela Primeira Turma, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, analisou-se uma hipótese em que a lei alargava a competência regulamentar. Na espécie, duas empresas de distribuição de medicamentos impetraram mandado de segurança no STJ em face do Ministro de Estado da Saúde, impugnando o art. 4º da Resolução CMED nº 04/2006, fundamentada na autorização contida pela Lei 10.742/2003. A referida resolução fixa a incidência do Coeficiente de Adequação de Preço em vendas destinadas a entes da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A lei precitada, por sua vez, apenas autorizava a fixação do coeficiente, sem lhe dar balizas ou indicações para orientar a criação das normas jurídicas via poder regulamentar.

O Ministro relator, apesar de iniciar seu voto expondo que o poder regulamentar se limitaria à expedição de normas complementares, com vistas à execução da lei, considerou que a autorização (ou delegação, para os que assim consideram, como o próprio Ministro) contida na lei não infringiria o ordenamento jurídico constitucional. Para ele, o exercício da competência regulamentar teria justamente por pressuposto

³⁶⁷ Restaram vencidos a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio.

fático jurídico, a autorização normativa. Como fundamento, foi utilizado, inclusive, o art. 174, *caput*, da Constituição de 1988, dispositivo ausente nas citações dos julgados antecedentes, haja vista que este tratava especificamente de normatividade com fundamento na regulação do mercado.³⁶⁸

Em outro caso, no entanto, a delegação foi considerada inconstitucional. Tratava-se do art. 5º da Lei 1.124/2000 do Estado do Tocantins que permitia ao Chefe do Poder Executivo, mediante decreto presidencial, a criação de cargos e funções, bem como fixação de atribuições e remuneração, tudo com expressa autorização da lei aludida. No julgamento da ADI 3.232, pela relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgou-se, em 14/08/2008, que a norma seria inconstitucional, já que a Constituição exigia a disposição mediante lei.

É evidente que os precedentes aqui citados não refletem toda a jurisprudência do STF sobre o assunto. Todavia, a análise destes poucos julgados permite verificar que, a despeito da inexistência de uma uniformidade nos posicionamentos manifestados através dos precedentes existentes, existe a possibilidade de evolução do entendimento do órgão para permitir um alargamento da competência regulamentar. Entretanto, isto ainda demanda um aprofundamento exposto sobre o tema pela Corte e, se for o caso, uma reformulação da teoria tradicional do poder regulamentar.

No âmbito do STJ, apesar de existirem precedentes que orientam pela aplicação da doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro (isto é, pela inviabilidade de ampliação do poder regulamentar), também já é possível verificar uma relativização do posicionamento restritivo em relação à criação de direitos e obrigações via regulamento.

Como exemplo, é possível citar o REsp 1.102.578, representativo de controvérsia, julgado em 14/10/2009 pela Primeira Seção, sob relatoria da Ministra Eliana Calmon. Neste julgado, foi analisada a legalidade das normas expedidas pelo CONMETRO e pelo INMETRO, com fundamento na competência atribuída pelas leis 5.966/1973 e 9.933/1999, que permitem a edição de regulamentos técnicos pelos referidos órgãos. Sem entrar em maiores detalhes desnecessários para o objeto deste trabalho, as normas contidas nas resoluções baixadas fixavam obrigações que, uma

³⁶⁸ Aqui, mais uma vez, foram utilizados princípios como base para justificar a atuação regulamentar, em especial a supremacia do interesse público sobre o privado e a necessidade de proteção à saúde.

vez violadas, resultariam em infrações e, conseqüentemente, em penalidades, estas com fundamento na própria legislação.

É de se ressaltar que o tribunal de origem havia considerado ilegais as normas, argumentando a necessidade de lei em sentido estrito. Porém, apesar da obrigação estar contida no regulamento baixado pelos órgãos, entendeu-se pela legalidade das normas, partindo de dois fundamentos principais: atribuição da competência normativa pela lei e atendimento aos princípios constitucionais.³⁶⁹

Da leitura do voto da relatora, é verdade que não se vê um enfrentamento aprofundado da teoria regulamentar. Não obstante, uma análise de fundo do julgamento permite verificar que foram consideradas legais normas que inseriam obrigações não previstas diretamente na lei, mas possuíam nesta seu fundamento para a competência regulamentar.³⁷⁰

Apesar deste precedente, é de se ressaltar que existem outros julgados que afirmam expressamente a impossibilidade da criação de direitos e obrigações quando lei em sentido estrito não autorize tal situação. Existe mais de um acórdão que se fundamentam na ideia, inclusive, de que os regulamentos não podem inovar na ordem jurídica.³⁷¹ É bem verdade que a maioria destes casos envolve a edição de

³⁶⁹ Ressaltou a relatora que “seria contraproducente exigir lei formal para discriminar todos os pormenores técnicos exigidos na busca do aprimoramento e da fiscalização da qualidade dos produtos e serviços colocados no mercado, quando a lei já prevê a obediência aos atos normativos, bem como delimita as sanções possíveis. Essa sistemática normativa – reafirma-se: com fundamento legal – tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo [...]”

³⁷⁰ Em julgamento um pouco anterior a este, o Ministro Herman Benjamin, em seu voto como relator no REsp 883.844-PR, aduziu que “no ordenamento jurídico brasileiro nada impede que a lei atribua ao Poder Executivo a possibilidade de detalhar os tipos e sanções administrativos, dentro dos limites que venha a estatuir. Inexiste aí qualquer violação ao princípio da legalidade, pois nele não se enxerga o desiderato de atribuir ao Poder Legislativo o monopólio da função normativa, nem de transformar os regulamentos e atos normativos administrativos em mera repetição do que está na lei, esvaziando-os de sentido e utilidade. O que não se admite é que a Administração, a pretexto de pormenorizar a lei, dela se afaste, negue ou enfraqueça, direta ou indiretamente, os seus objetivos, estabeleça obrigações ou direitos inteiramente desvinculados do texto legal, ou inviabilize a sua implementação”.

³⁷¹ A título de exemplo, citamos o REsp 872.169/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13/5/2009; REsp 879.339/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31/3/2008; REsp 1.080.770/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2/2/2011. Neste sentido, o o Ministro Arnaldo Esteves Lima, relator no RMS 22828/SC, julgado em 18/03/2008 pela Quinta Turma, afirmou que “O decreto, como norma secundária – que tem função eminentemente regulamentar, conforme o art. 84, inc. IV, da Constituição Federal –, não pode contrariar ou extrapolar a lei, norma primária. Não pode restringir os direitos nela preconizados. Isso porque tão-somente a lei, em caráter inicial, tem o poder de inovar no ordenamento jurídico”. No caso dos autos, os Decretos 2.697/04 e 2.815/04 do Estado de Santa Catarina, modificavam a forma de cálculo da Indenização de Estímulo Operacional, que tinha por objetivo o pagamento por labor noturno e extraordinário, sem autorização em lei.

regulamentos que restringem direitos previstos em lei, ou seja, normas *contra legem*, situação essa inadmitida no direito brasileiro.

Contudo, vem se abrindo espaço para o pensamento de que a lei pode atribuir expressa ou implicitamente atribuição aos regulamentos para inovar e criar, dentro dos limites da lei, direitos e obrigações.³⁷² Poderia se falar que, nesta hipótese, o regulamento não estaria indo além dos limites da lei, pois ingressaria no mundo jurídico conforme sua determinação (*secundum legem*).

5.4. Pressupostos para uma releitura da teoria da competência regulamentar

Observadas estas considerações acerca dos limites materiais da competência regulamentar e percebendo o nascimento de uma vertente no direito brasileiro tendente a ampliá-la, verifica-se então que existe uma proposta para releitura do tema sendo paulatinamente construída, mas ainda sem maturação e sem sistematização. Não se trata de abandonar por absoluto a tese de subordinação dos regulamentos à lei, estabelecendo uma liberdade incondicionada ao Poder Executivo, até porque tal fato violaria a noção de Estado Democrático de direito e retiraria a própria finalidade da existência de um Poder Legislativo.

De uma leitura dos principais defensores desta nova ótica e dos precedentes que trataram da matéria, percebem-se a existência de seis pressupostos, identificados a partir dos paradigmas enfrentados na atualidade, para permitir a construção de uma nova ideia sobre a competência regulamentar. Os pressupostos servem para esclarecer, e até mesmo refutar, afirmações rotineiras sobre os limites materiais dos regulamentos e permitir uma reflexão mais aprofundada.

O primeiro pressuposto é o de que o princípio da separação de poderes não é óbice à atuação normativa da Administração Pública, mas, pelo contrário, reforça tal atividade, na medida em que há interatividade entre as funções dos diferentes

³⁷² Juarez Freitas afirma que o controle dos atos administrativos, no que podemos incluir nesta referência os regulamentos, vem seguindo algumas tendências, dentre as quais cita: a transição de padrões monólogos para dialógicos, com modelos mais abertos à realidade social e econômica; a inadmissibilidade de uma discricionariedade administrativa completamente aberta; atenção axiológica dos controladores, desprendendo-se da análise meramente formal, em relação aos motivos, tanto em relação a atos vinculados como discricionários; maior intensidade do uso do poder de cautela; análise do direito sob a perspectiva da regulação; revisão de categorias muito rígidas; aumento da incidência do Direito Administrativo privado; diminuição da precariedade nas relações administrativas; cidadão com atuação proativa e protagonista; incidência do princípio constitucional da democracia fortalecida no controle das relações administrativas. JUAREZ, Freitas. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38-48.

poderes. Tal afirmação, também já analisada anteriormente, também deve ser perceptível para visualizar o estabelecimento de uma competência regulamentar coerente com as funções estatais.

O princípio da separação de poderes é um argumento presente em praticamente todas as discussões sobre os limites da competência regulamentar. Contudo, a interpretação rígida de tal princípio vem sendo reiteradamente superada na atualidade. Superá-la, assim, é também essencial para compreender uma nova sistematização do tema.

Não se vê mais no referido princípio uma divisão absoluta de atribuição entre os poderes da República, situação essa que inviabilizaria o funcionamento estatal. Hoje, o olhar conferido ao princípio não é mais de exclusividade dos poderes, mas sim de preponderância de funções exercidas por cada um, sem prejuízo da execução interativa de tais funções pelos três poderes.³⁷³ É a partir disto que a doutrina atual prefere, por vezes, substituir a denominação “poder” para “função”.

Pontes de Miranda, já à época da Constituição anterior, critica a noção separatista absoluta de poderes e a adoção de um sistema em que se tenha atribuição exclusiva da elaboração de leis ao Poder Legislativo. O autor aponta como dificuldades para tal sistema: a insuficiência do modelo para lidar com as necessidades da sociedade, principalmente diante da verificação das delegações legislativas e da ausência de corpo técnico especializado; o fato de a lei não constituir a única fonte do direito; a ideia de que a reserva geral de lei é fruto da luta burguesa pela proteção da liberdade pessoal e da propriedade, que nem sempre reflete os interesses da nação. Isto tudo teria resultado na criação de processos alternativos para fugir do modelo e viabilizar regulamentação ágil e eficaz de determinadas matérias.³⁷⁴

De fato, assumir uma postura defensora da rigidez do princípio da separação de poderes é não observar a realidade que paira sob os modelos estatais

³⁷³ Nesse sentido é que afirma Rosah Russomano que “se focalizarmos, rapidamente embora, o que sucede no Estado moderno, notaremos que cada Poder – se exerce, como de todos é sabido, sua função própria, não o faz com exclusividade. A diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não esgota as funções de legislar, julgar e executar. Assim, a legislação não permanece tão-só afeta ao Poder Legislativo. A administração cabe ao Executivo apenas quando encarada em sentido estrito. Logo, lato sensu, foge à sua esfera característica. A jurisdição ultrapassa a concepção do Poder Judiciário, eis que controvérsias há que encontram solução fora de seu âmbito próprio”. RUSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1978, p. 120-121.

³⁷⁴ Miranda, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967**: com a Emenda nº 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo I, p. 550-558.

contemporâneos. No Brasil, a interação de funções entre os três poderes é reconhecida constitucionalmente, dadas as diversas competências entrelaçadas normativamente no Texto Constitucional. Há quem refute até mesmo a sua utilidade didática, tal como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que assim firma:

Historicamente, desempenhou ela papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, sua importância costuma ser minimizada; seu fim, profetizado; sua existência, até negada.

De fato, conforme o sistema de partidos, ela é mais aparente do que real. O bipartidarismo, sobretudo se disciplinados os partidos, tende a reduzi-la a mera aparência, quando, é claro, o mesmo partido detém o Executivo e a maioria parlamentar.

Por outro lado, a prática, universal quase, da delegação do poder Legislativo e as formas bem ou mal disfarçadas de 'legislação' pelo Executivo evidentemente a renegam.³⁷⁵

O posicionamento precitado possui respaldo e coerência com o cenário jurídico atual. No entanto, não se pode negar que a separação de poderes ou de funções tem o seu papel na ordem jurídica, pois a preponderância das funções e a definição de suas atribuições servem para garantir a legitimidade de sua atuação. A exceção à regra divisória de competências e funções deve ser devidamente justificada e ter previsão legal ou constitucional, expressa ou implícita.

O que se quer afirmar é que o princípio da separação de poderes não tem mais utilidade para refutar, de forma genérica, a interação de função entre os poderes. Trazendo ao tema do trabalho, é possível dizer que não serve tal princípio para negar genericamente a existência e os limites da função regulamentar, mas sim como meio de evitar a usurpação de função legislativa, que possui natureza diversa.

O assunto da separação dos poderes é sempre relacionado com a teoria do poder regulamentar pelo fato de que o surgimento histórico do Estado de direito foi marcado pela vontade de tornar o Poder Legislativo superior em comparação aos demais, já que se tinha uma noção de perfeccionismo relacionada à figura da lei, enquanto expressão da vontade do povo. Jean Rivero assim explica:

Na concepção tradicional do Estado de direito, a separação dos poderes é acompanhada da respectiva hierarquização. O legislador, emanação direta da vontade nacional, prevalece sobre o Executivo,

³⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 133-134.

mesmo quando este é, também, de origem eletiva. Esta hierarquia dos órgãos tem, como corolário, uma hierarquia dos atos. Submetido à lei, o Executivo é um poder subordinado, ligado, e, portanto, suscetível de ser controlado.³⁷⁶

O mesmo autor salienta, por outro lado, que a prática revelou atenuações a esta noção hierarquizada, permitindo soluções de interação entre os poderes existentes.³⁷⁷ A flexibilização da separação de poderes é construção da realidade e se evidencia ainda mais na contemporaneidade com a assunção de novas funções pelo Estado.

Sobre esta situação e reforçando o que foi afirmado anteriormente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta que o novo papel do Poder Executivo resultou em consequências ao sistema jurídico e à interpretação do princípio da separação de poderes. Para ele, houve uma extensão de tarefas atribuídas ao Executivo que, por via de consequência, resultou em um deslocamento do centro real do poder político. O Poder Executivo “se tornou o motor da vida política, a mola do governo, o que, em última análise, veio repercutir no próprio campo legislativo, com a legislação delegada etc.”.³⁷⁸

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello explicava que a competência regulamentar tem sua existência pautada justamente no princípio da separação de poderes. É este princípio que ensejaria, segundo seu pensamento, a base para a existência de um poder regulamentar por natureza do Poder Executivo.

Para o autor, os regulamentos autorizados ou delegados seriam um fenômeno criado em razão de política legislativa, ante a impossibilidade dos textos legais de descenderem a minúcias sobre o assunto, resguardando a prerrogativa de legislar ainda nas mãos do Poder Legislativo.³⁷⁹

Como se observa, o princípio da separação de poderes não é óbice à consecução do poder ou função regulamentar. Ao invés disto, as duas concepções se entrelaçam e se justificam. A flexibilização da separação de poderes não significa abrir um norte infinito ao Poder Executivo para editar normas jurídicas e, neste contexto,

³⁷⁶ RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, Tradução de José Cretella Jr., p. 123.

³⁷⁷ RIVERO, Jean. **Op. cit.**, p. 126

³⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 218.

³⁷⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, Vol. 1, p. 369.

substituir o legislador. Entretanto, também não pode servir de argumento genérico para inviabilizar uma nova construção teórica sobre o tema.

O segundo pressuposto para os que defendem uma releitura da teoria regulamentar passa pela noção de que inovar no ordenamento jurídico é diferente de criar obrigações ou direitos. É comum, seja na doutrina ou na jurisprudência, encontrar afirmações de que os regulamentos não podem inovar na ordem jurídica, na medida em que são atos normativos secundários e não podem criar direitos e obrigações. Tal afirmação, no entanto, parte da ideia de que inovar seria, necessariamente, criar direitos e obrigações e, como já foi ressaltado anteriormente, estas concepções não se confundem.

O terceiro pressuposto é o de que o art. 25, I, do ADCT não é impeditivo da função normativa desenvolvida pela Administração Pública, bem como não inviabiliza a atribuição de competência regulamentar dentro dos limites legais e constitucionais.³⁸⁰ O dispositivo trata da revogação de normas legais promulgadas em um contexto específico, distinto do cenário democrático da Constituição de 1988. Não se trata, portanto, de uma regra que impede a construção de uma teoria sobre a competência regulamentar.

O quarto pressuposto leva em consideração o fato de que o direito não pode ser dissociado da realidade social. Dessa maneira, uma vez que a função estatal se alterou ao longo dos anos, a teoria do poder regulamentar também precisa ser repensada, mesmo que não resulte em modificação. O direito é instrumento para viabilização e adequação dos fatos sociais, não havendo razoabilidade quando obstrui a própria organização social.

É nesse sentido que se observa historicamente a criação de alternativas à rigidez do princípio da legalidade, seja por meio de delegações legislativas, verificáveis desde a época do império, seja por uma reinterpretação do sistema, tal como propõe a teoria relativista da legalidade. Atualmente, a necessidade de releitura da teoria regulamentar se põe com maior intensidade, na medida em que o Estado assume um papel regulador econômico e social.

³⁸⁰ Marcos Juruena Villela Souto ressalta que “o art. 25 do ADCT não vedou o exercício de funções normativas pela Administração; limitou-se a dizer que, com a exigência de reserva legal pela CF/88 em relação a matérias que a CF/67 e EC nº 01/69 não a exigiam, não foram recepcionados os atos normativos infra-legais (remarque-se que estes diplomas foram editados em período de hipertrofia do Executivo não acolhida pela CF/88)”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

Como quinto pressuposto, tem-se que as categorias teóricas (como, por exemplo, as espécies de regulamentos indicadas pela doutrina) servem como instrumento de sistematização do estudo, mas não impedem a sua reinterpretação e adequação. Assim, o jurista não deve ficar preso necessariamente a categorias jurídicas pré-definidas na concretização do direito, principalmente quando tais categorias não se compatibilizem mais com a realidade.

O sexto pressuposto e que, na verdade, é uma questão já consolidada no direito constitucional, é o de que é possível falar em mutação constitucional e, como tal, verificar uma alteração do panorama da interpretação referente ao princípio da legalidade. O despreendimento a modelos que não se adaptam mais às necessidades é algo possível e que não fica travada pela sistematização anterior. A adaptação é fase necessária para que o direito acompanhe o desenvolvimento da sociedade.

Estes pressupostos, aqui colhidos durante o desenvolvimento do trabalho, demonstram um caminho para uma teoria ampliativa da competência regulamentar, sem, no entanto, idealizar uma instrumentalização livre de parâmetros de controle. O que se tem em mente é a possibilidade de se admitir regulamentos menos mecânicos e mais criativos, com respaldo em lei medida, que habilite a norma regulamentar a trazer normas jurídicas mais detalhistas sobre o assunto, sem que isto venha infringir o princípio da legalidade.

5.5. A densidade normativa mínima: uma nova perspectiva com antigas dificuldades

Ao lado de toda a divergência sobre os limites da competência regulamentar, aparece uma perspectiva paralela, já identificável no direito estrangeiro (especificamente no direito norte-americano) e passível de relacionamento com o direito brasileiro, mas ainda com pouca expressão e aprofundamento em âmbito nacional. Trata-se da teoria da densidade normativa mínima da lei, como pressuposto para atendimento ao princípio da legalidade, teoria esta que vem se amoldando à realidade brasileira sem haver, no entanto, uma sistematização normativa e doutrinária no país.

Esta teoria vislumbra a possibilidade de uma atuação normativa do Poder Executivo coerente com as funções do Estado na atualidade, desde que haja uma normatização mínima estabelecida em lei, através de normas da espécie *standard* ou

skeleton type, as quais estabeleceriam a regulamentação básica da matéria. Às normas regulamentares, restaria um espaço para atuação menos restrito, porém passível de controle mediante contraposição aos parâmetros legais fixados.

Ressalta-se que o objetivo deste tópico não é traçar comentários novamente à teoria da *delegated doctrine*, com citações doutrinárias e jurisprudenciais para esclarecer o assunto, já que os comentários foram elaborados quando analisado o modelo do direito norte americano. Por outro lado, a teoria da densidade normativa mínima serve como parâmetro indicativo de uma nova perspectiva para o direito brasileiro, com suas devidas adaptações, tendo em vista a releitura que vem sofrendo o tema atinente ao poder regulamentar.

A densidade normativa da lei referenciada não pode ser encarada como uma mera autorização ou simples atribuição de competência normativa para livre regulamentação. À lei é atribuído o papel de estabelecer o núcleo essencial do assunto, os principais direitos e obrigações, e os parâmetros gerais da atuação normativa regulamentar, permitindo o exercício de um controle sobre o seu conteúdo. Pensar o contrário para defender a liberdade incondicionada do poder regulamentar com fundamento em autorização contida em lei seria negar a própria existência do princípio da legalidade.

É interessante observar o posicionamento de Marcos Juruena Villela Souto analisando sob o prisma do direito regulatório. O autor entende que o regulamento se distingue da norma regulatória, editada especificamente com a finalidade de promover a regulação social ou econômica, tendo por fundamento o art. 174 da Constituição de 1988.

Segundo defende, a norma regulatória é especialmente justificada por instrumentos de deslegalização que lhe conferem uma competência mais ampla.³⁸¹ Na situação em que o Estado busca a regulação, o legislador não teria o conhecimento técnico indispensável, razão pela qual a norma legal ou constitucional poderia conferir

³⁸¹ O sentido da expressão utilizada pelo autor é o mesmo atribuído por Juan Carlos Cassagne, ao escrever que “*se trata de una técnica por la cual ciertas materias que se encuentran reguladas por ley pasan por virtud de una ley a ser regidas por normas emanadas de la Administración. Implica una degradación de esas materias e incluso de las leyes que la regulaban, ya que en general se autoriza que sean modificadas o derogadas por esta clase de reglamentos*”. CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Principios generales del derecho en el derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1988, p. 149.

à Administração Pública um poder normativo destinado especificamente a isto, sem que se desvirtuasse o sistema.³⁸²

Pela ótica do autor, o processo de deslegalização seria possível no direito brasileiro, considerando a sua perspectiva atual. Haveria, no seu entendimento, uma autorização para substituir a lei naquilo em que ela é incapaz de abordar com perfeição:

[...] quando se vê leis autorizando a substituição de comandos legais, regulamentares ou ordinatórios por normas regulatórias, o que se autoriza é apenas a substituição do insumo técnico que se revestia da forma legal e não a opção política materializada na lei. A revogação da lei pode ocorrer com a edição de norma superior que modifica a competência da autoridade encarregada de fixar os novos conceitos oriundos da interpretação técnica; a eficácia da revogação é que pode ser diferida para o momento em que o regulador, munido de amparo legal, edita norma regulatória. Vale notar que, não havendo contradição entre a norma deslegalizadora e a anterior, há simples mudança de sede normativa, não cabendo falar em revogação tendo em vista o fato de a norma, originariamente, ter entrado no mundo pela forma então exigida. A simples mudança de forma não revoga a lei se com ela não for incompatível (é o fenômeno da recepção). Logo, a norma regulatória atuará em terreno próprio, editando o ato de sua competência, mas sem o compromisso ou a pretensão formal de revogar uma lei (embora substitua os seus efeitos).³⁸³

Este pensamento, apesar de vir ganhando força na atualidade, ainda sofre críticas e dificuldades inerentes à falta de modificação do ordenamento jurídico para sua adequação. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, por exemplo, defende que a admissão, no direito brasileiro, da existência de regulamentos autônomos ou autorizados, mesmo em vista da contextualização da função estatal contemporânea, demandaria modificação da própria Constituição Federal, não sendo possível pela mera alteração interpretativa.³⁸⁴

Em que pese sua colocação, ele admite que o princípio da legalidade possa ser garantido através de uma densidade mínima de abordagem estabelecida na lei em sentido formal, deixando as minúcias para o espaço destinado aos regulamentos.

³⁸² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26-28.

³⁸³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Op. cit.**, p. 54-55.

³⁸⁴ CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade**: Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234, p. 231.

Nem sequer às agências reguladoras poderia ser destinado um espaço abstrato para atuação livre e autônoma. Entretanto, reconhece que “há, sem dúvida, graves problemas de compatibilidade do modelo regulatório com o princípio da legalidade, com as características que ele apresenta no modelo brasileiro”.

Neste ponto, concordamos com o posicionamento apresentado por ele. A definição dos limites da competência regulamentar no direito brasileiro é um assunto que passa por uma linha tênue. De um lado, tem-se a necessidade de remodelação da teoria para adequação à nova função estatal. De outro, há os entraves de ordem constitucional e legal para se admitir uma nova perspectiva sobre o assunto.

Apesar de coerentes os argumentos de Marcos Juruena Villela Souto, com base na distinção entre norma regulamentar e norma regulatória, entendemos no mesmo sentido de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, seguindo o pensamento de que o regime jurídico constitucional não faz distinção a justificar a existência de uma competência mais ampla e diferenciada quando o Estado atua com o intuito interventivo. Para tanto, seria necessária uma modificação do texto constitucional.

Independentemente da finalidade que justifica a atuação estatal, a norma inserida no art. 5º, II, da Constituição de 1988 é aplicável indistintamente e, para que haja qualquer alteração no seu panorama, é preciso que se faça também uma modificação da sua interpretação. Diferentemente disto, apenas seria modificável com uma alteração do próprio texto constitucional e, mesmo assim, ainda teria que se discutir se uma eventual Emenda Constitucional neste sentido violaria o art. 60, §4º, IV, que não permite abolir os “os direitos e garantias individuais”.

Apesar da dicotomia de entendimentos quanto aos limites da competência regulamentar, entendemos que a teoria da densidade normativa pode ser admitida no direito brasileiro sem que haja uma modificação expressa do texto constitucional através de emenda, desde que caminhando juntamente com uma reinterpretação do art. 5º, II, da Constituição Federal. Admitindo-se os pressupostos enumerados no tópico 5.4, percebe-se que é possível redefinir posições que a doutrina tradicional sempre defendeu.

É assim que se demonstrou, por exemplo, a inadequação da afirmação de que os regulamentos não inovam na ordem jurídica, fazendo confusão entre inovar e criar direitos e obrigações, situações estas distintas. Da mesma forma, a releitura e reinterpretação podem passar no campo dos próprios limites materiais. Muitas vezes,

a discussão, apesar de dicotômica, acaba admitindo a mesma hipótese sem se perceber.

Explicando melhor, apesar da Constituição de 1988 não admitir a criação de direitos e obrigações senão em virtude de lei, é certo que o regulamento, em que pese não criar, por si só, o direito ou a obrigação, pode participar do processo criativo. A lei, em sua atribuição ordinária, pode trazer linhas gerais sobre o assunto e o regulamento, devidamente contextualizado, criar normas jurídicas que participem da criação.

O problema desta teoria é a definição de qual seria a densidade mínima necessária para se atender ao princípio da legalidade e evitar o excesso dos limites de competência. Se, por um lado, a definição desta densidade é uma tarefa difícil de concretizar, por outro, deixar sem definição é possibilitar um controle subjetivo e, até mesmo, com discrepantes decisões sobre a matéria. Pensamos que há um caminho intermediário.

A densidade mínima deve ser justamente a disposição mínima que permita um controle entre o texto legal e a norma regulamentar. A lei deve estabelecer as linhas gerais do direito ou da obrigação, permitindo à norma regulamentar traçar seus aspectos mais específicos e, nesse sentido, até mesmo criar outros direitos e obrigações decorrentes do primeiro. A expressão “em virtude de”, contida no art. 5º, II, da Constituição Federal, pode ser interpretada no sentido de que o direito e a obrigação podem ser criados em consequência da lei, ou seja, por seu intermédio. Não há necessidade, contudo, de exaurir o tratamento do assunto.

Pensar diferente seria tornar inútil a própria norma regulamentar, que perderia quase a totalidade do seu campo de atuação. A lei não há de ser uma mera atribuição de competência livre em favor do Poder Executivo, mas sim dispor as linhas mestras do assunto e remanescer ao regulamento seu tratamento específico. Essa competência remanescente, porém, não é algo mecânico, mas sim dinâmico sem exceder os limites da perspectiva de controle da lei.

Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao comentar sobre a categoria dos regulamentos delegados, explica que a definição pela lei de um campo de competência destinada ao regulamento não se trata de delegação da competência legislativa, mas sim de uma autorização expressa para a atuação regulamentar dentro dos limites fixados na própria lei, a permitir um controle do abuso de tal competência. Para ela, os regulamentos editados com fundamento na lei seriam espécie de

regulamento executivo de natureza especial, de sorte que não haveria violação ao princípio da legalidade.³⁸⁵

É bem verdade, por outro lado, que a mudança de perspectiva sem uma alteração constitucional, principalmente nos setores de regulação, não será tão extensa quanto o necessário para legitimar a prática estatal que vem se evidenciando nas últimas décadas. No entanto, há de se verificar que o assunto não é mais tratado nos mesmos moldes da doutrina tradicional administrativa e constitucional brasileira, na medida em que há uma amplificação do âmbito da competência regulamentar sem que seja caracterizada como inconstitucional.

Gilmar Mendes e Paulo Branco, apesar de entenderem que a figura do regulamento delegado é, em regra, inconstitucional, pensam que a teoria destoa da prática, especialmente pós o advento do *Welfare State*:

A questão não é simples, dada a realidade da Administração Pública no Brasil. Muitas vezes a necessidade de expedição de normas que exorbitam do poder regulamentar mostra-se premente e, na prática, há certa aceitação dessa atividade, tanto por parte do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário. Nota-se, assim, que não se está a falar de permissão constitucional para a expedição de regulamento delegado, tampouco de delegação expressa do Poder Legislativo, mas de uma ocorrência que se verifica no plano dos fatos. A tradição constitucional brasileira repudia a criação e a extinção de obrigações, bem como a restrição ou a limitação de direitos por meio do regulamento delegado. A realidade cotidiana do *Welfare State*, todavia, demanda a organização de suas atividades e sua adaptação célere às mudanças nas condições fáticas, visando à melhor prestação dos serviços públicos.³⁸⁶

No entanto, é preciso destacar que esta mudança de paradigma deve ser acompanhada por um processo de legitimação democrática, que permita ao cidadão participar do processo de criação de normas e que forneça instrumentos necessários para impugnar os eventuais abusos. Este ponto, no entanto, não vem sofrendo destaque no Brasil, haja vista que, apesar das poucas regras existentes sobre o assunto para setores específicos, não há uma uniformização que obrigue a participação externa na criação de normas, bem como já se viu que há efetivamente uma limitação dos instrumentos de impugnação.

³⁸⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 99.

³⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, 933-934.

Como destaca Fernando Andrade de Oliveira, dentre as várias tendências e perspectivas atuais do direito administrativo e constitucional, ganha destaque a “democracia participativa, que legitima uma permanente atuação dos cidadãos, individual ou coletivamente, junto aos ocupantes de cargos eletivos, no sentido de cobrar-lhes o cumprimento dos seus compromissos eleitorais”.³⁸⁷ O princípio da juridicidade é atendido, na medida em que se verifica a legitimidade da atuação estatal.³⁸⁸

A ausência de uma norma padronizadora sobre o tema é uma das maiores dificuldades à construção de uma teoria que admita uma atuação regulamentar mais ampla. Definir mecanismos para a garantia da democracia na construção da norma, conceder instrumentos de controle, permitir um diálogo entre Administração e Administrado são fatores que influenciam para a segurança jurídica e legitimidade da atuação estatal.

Ao lado deste panorama, é dever salientar que há quem admita a existência de uma competência regulamentar autônoma para determinadas matérias a partir de uma interpretação sistemática do Texto Constitucional, enquanto outros assuntos seriam de atribuição da lei (uma divisão semelhante ao sistema constitucional francês). Este é o pensamento de Diógenes Gasparini, para quem a limitação constitucional do princípio da legalidade esteve em vigor durante quase toda a história das Constituições nacionais e isto nunca chegou a impedir a utilização dos regulamentos para além das disposições legais em determinadas matérias.³⁸⁹

³⁸⁷ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Perspectiva do direito administrativo no século XXI. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Perspectivas do direito público**: (estudo em homenagem a Miguel Seabra Fagundes). Belo Horizonte: del Rey, 1995. p. 31-56, p. 55.

³⁸⁸ Novamente Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao abordar o assunto, explica que: “É, pois, a legitimidade do interesse público, genericamente posto no sistema normativo e concretamente buscado em cada comportamento administrativo, que fundamenta a validade do cometimento público. Esta legitimidade objetiva-se na concretização do resultado. A modificação na realidade, provocada pelo comportamento público, e a sintonia desta mudança com as reais e prioritárias necessidades e aspirações da sociedade e, mais ainda, o seu aperfeiçoamento pela forma mais adequada, no custo mais razoável para a sua obtenção e com resultados tanto mais globais quanto possíveis para universalizar a prestação do bem público, é o que se tem que levar em conta, para efeito de realização do interesse público concretamente buscado, neste final de século. A praticidade, eficácia e universalidade dos resultados, no sentido de se suprir a demanda pública objetivada em dada situação, são apuráveis, para efeito de controle da legitimidade da conduta administrativa, sem o que o princípio da juridicidade da Administração Pública não se cumpre”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 99, p. 111.

³⁸⁹ Salienta o autor que “no Brasil, o fundamento de tais atos é uma decorrência da estrutura ou construção da Constituição, que outorga ao Presidente da República, competências privativas para dispor sobre determinadas matérias. Expressa autorização só há para edição de regulamentos de execução o que, em nosso entendimento, não impede a expedição de outras espécies [...]”

A interpretação sistemática proposta, contudo, não se mostra compatível com o sistema jurídico constitucional, quando é utilizada para identificar campos destinados à regulamentação autônoma em benefício do Poder Executivo. O princípio da legalidade estatuído no texto constitucional, apesar de devidamente contextualizado, não dá margens para este entendimento sem que haja uma modificação substancial do assunto através de emenda. Não é este o caminho que trilha a teoria da densidade normativa mínima, concepção totalmente distinta.

É necessário observar que a proposta de releitura da teoria da competência regulamentar a partir da perspectiva da densidade normativa mínima não pode resultar em uma liberdade exacerbada ao Poder Executivo sem respaldo na Constituição. O olhar que se propõe parte de uma composição entre o sistema constitucional vigente, as novas funções estatais e a legitimidade democrática da atuação da Administração Pública.

Embora não expressa, a autorização constitucional para a prática do ato normativo independente é de natureza constitucional. No sistema tripartido de funções, é a constituição que arrola as matérias de competência privativa deste ou daquele Poder e que devem ser disciplinadas pelos seus titulares, com a utilização desta ou daquela espécie de ato. É o norte para um entendimento adequado e afirmador da existência dos regulamentos autônomos” (p. 133) GASPARINI, Diogenes. **Poder regulamentar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 132-133.

CONCLUSÕES

As análises tecidas neste trabalho permitiram demonstrar que a teoria da competência regulamentar vem sofrendo influências de uma nova perspectiva de releitura e reestruturação. Tal competência é de fundamental importância para a consecução das finalidades estatais, especialmente na atualidade, em que a intervenção social e econômica se intensifica.

O enfrentamento do assunto no direito brasileiro não passou ainda por um aprofundamento e amadurecimento que permita afirmar com segurança a existência de uma nova teoria sobre o poder regulamentar. Não há, até o presente momento, instrumentos padronizados de garantia de legitimidade democrática (com, por exemplo, audiências e consultas públicas obrigatórias, excepcionando casos de legislações específicas) e de controle administrativo e judicial com meios de impugnação eficientes, diferentemente do que se encontra nos três países utilizados como paradigma durante o trabalho (França, U.S.A. e Espanha).

Entretanto, não se pode negar que há, efetivamente, uma dissociação entre a prática adotada e a teorização que se construiu em volta do tema. A função interventiva e regulatória do Estado, associada à nova ótica do princípio da legalidade, suscita a intenção de superar dogmas limitativos à atividade regulamentar através de alternativas criadas ou importadas do direito estrangeiro.

A interpretação do princípio da legalidade, relido especialmente sob a contextualização atual da juridicidade, permite verificar que a lei não é mais um pressuposto inafastável de atuação estatal, apesar de servir ainda como seu principal instrumento. A pluralidade de fontes normativas e a interação dos demais poderes na construção do ordenamento jurídico é uma realidade que indica um novo olhar conferido à noção de legalidade, influenciando sobre as bases da teoria da competência regulamentar.

As categorias jurídicas, apesar de importantes na sistematização e organização do assunto, não servem de óbice à adaptação em cada ordenamento jurídico, analisando-se pontualmente as suas características. A definição dos limites materiais e formais dos regulamentos é identificável a partir de cada sistema jurídico, devidamente contextualizado, pois não se pode dissociar o elemento histórico e peculiar de cada país.

A capacidade de inovação dos regulamentos, por exemplo, é uma característica que foi refutada durante muito tempo pela doutrina tradicional administrativista e, hoje, ganha um novo olhar. As normas jurídicas inseridas via regulamento inovam no ordenamento jurídico, mas o conteúdo desta inovação é que é limitado pelas normas constitucionais e legais.

O potencial criador de direitos e obrigações, da mesma maneira, não pode ser visto com a mesma ótica limitadora que se encontrava arraigada no direito administrativo brasileiro. É bem verdade que o Texto Constitucional não dá liberdade para construção de uma teoria excessivamente alargadora do poder regulamentar, a ponto de se reconhecer a sua autonomia irrestrita, mas isto não impede o reconhecimento de um âmbito de atuação mais amplo do que o indicado pela doutrina tradicional, com suas devidas adequações.

A teoria da densidade normativa mínima surge como uma perspectiva intermediária. Sem se identificar por completo com a teoria do direito norte americano, tendo em vista a diferença da sua estruturação em comparação ao Brasil, a interpretação do art. 5º, II, da Constituição Federal de forma sistemática e considerando os aspectos históricos do país pode ensejar uma nova leitura da legalidade e, por via de consequência, da teoria do poder regulamentar.

É bem verdade que a escassa literatura e pouca jurisprudência sobre o tema ainda não permite falar em uma teorização sistemática no direito brasileiro. Boa parte da doutrina nacional ainda defende o princípio da legalidade em seu sentido mais estrito, sem possibilidade de inovação e sem participação dos regulamentos na criação de direitos e obrigações.

Esta nova perspectiva da densidade normativa mínima traz como via alternativa a possibilidade de se conferir, através da lei em sentido formal, um campo de atuação regulamentar participante da criação de direitos e obrigações com potencial inovador. Este potencial, contudo, se submete aos limites formais e materiais de controle, visando evitar a arbitrariedade no uso da competência.

O regulamento, com fundamento na disposição legal, pode vir a criar uma obrigação em decorrência da lei, por uma autorização nela contida e de acordo com parâmetros por ela estabelecida. Esta teoria passa por alguns problemas, podendo-se apontar, como principal, a própria identificação da densidade mínima exigida para atendimento ao princípio da legalidade.

Apesar das divergências existentes, a possibilidade de controle entre o preceito regulamentar e o dispositivo legal conferidor de competência pode servir como parâmetro mínimo a ser observado para atendimento ao princípio da legalidade. A legislação estabelecadora de competência não deve servir como mera transferência livre de competência ao Poder Executivo, uma vez que o controle de eventuais abusos é essencial para garantia da democracia.

Não se pode negar, por outro lado, que a admissão de uma postura ampliadora da competência regulamentar, tal como propõe a teoria da densidade mínima normativa, deve caminhar em paralelo com instrumentos de garantia da legitimidade da atuação estatal. Não é por outra razão que os sistemas jurídicos de outros países vêm ampliando cada vez mais a competência normativa conferida à Administração Pública, haja vista que a legitimidade das normas regulamentares é buscada através de instrumentos alternativos.

No Brasil, ainda há um considerável distanciamento entre a garantia democrática e o procedimento de construção normativa desenvolvido pelo Poder Executivo, principalmente pela ausência de uma norma padronizadora sobre o assunto. É por este motivo, entre outros, que não deve se admitir a importação automática de modelos estrangeiros, sem suas devidas adequações ao direito pátrio.

A teoria da densidade normativa mínima, em que pese possuir relação e origem com o direito norte americano, deve ter suas limitações no direito brasileiro, mostrando-se especialmente mais restrito. A densidade exigida deve ser mais rígida, na medida a norma regulamentar deverá ter fundamento na lei tanto no seu aspecto formal, como também e principalmente no que atine ao aspecto material (adequação entre os conteúdos).

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almeidina, 1987.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 1. ed. Barcelona: Bosch, 1970.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. II. 4. reimp. Coimbra: Almeidina, 2001, Vol. 2.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado: Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 53, p.37-57, mar. 2000.

ASSEMBLÉE NATIONALE. **Rapport d'Information de 28 octobre 2010**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-ti.asp>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y division de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de

Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 145-204.

BLANQUER CRIADO, David Vicente. **El control de los reglamentos arbitrarios**. Madrid: Civitas, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASÍLIA. SENADO. **Constituições Brasileiras**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira, 1891**: comentada. Brasília: Senado Federal, 2002.

CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade**: Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O moderno direito administrativo: independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito da UFPE**. Recife, n. 10, p.113-138, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, Vol. 1.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Principios generales del derecho en el derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1988.

CHAUS, René. **Droit administratif général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CLÈVE, Clèmeson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, Vol. 5.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, Vol. 1.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de derecho administrativo**. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 19-50.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La interdiccion de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 30, p.131-166, set/dez. 1959.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomas-ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ESPAÑA. **Constitución de 1869**. Disponível em: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1869>. Acesso em: 18 jan. 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FALCÃO, Joaquim. Agências Reguladoras e o Poder Judiciário. **Revista Conjuntura Econômica**. Brasília: FGV, vol. 62, n. 06, p. 34, junho-2008.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. 13 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, Vol. 1.

FEDERAL REGISTER. **A Guide to the Rulemaking Process**. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/uploads/2011/01/the_rulemaking_process.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

FEDERAL REGISTER. **Federal Register & CFR Publication Statistics – Aggregated Charts**. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov/uploads/2013/05/OFR-STATISTICS-CHARTS-ALL1-1-1.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

FERNÁNDEZ, José Luis Palma. **La seguridad jurídica ante la abundancia de normas**. Cuadernos y debates n.º 68. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Barcelona, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 205-224.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, Vol. 1.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, Vol. 3.

FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995, Tradução de Luiz Paulo Rouanet.

FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, José Ribamar Caldas. **Direito financeiro**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed., rev., atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Poder Regulamentar**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

GELIS FILHO, Antônio. Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, p. 589-613, jul. 2006.

GELLHORN, Ernest, LEVIN, Ronald M. **Administrative law and process in a nutshell**. 4. ed. St. Paul, Minn: West Pub. Co., 1997.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

GUÉDON, Marie-José. **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: L.G.D.J., 1991.

GUERRA, Sérgio. Direito administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 243, p.168-207, set./dez., 2006.

GUILLAUME, Marc. **La question prioritaire de constitutionnalité**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 1933.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Droit administratif**. 17. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito publico e outros problemas**. 1. ed. Brasileira: Ministério da Justiça, 1997, Vol. 1.

LOMBARD, Martine. **Droit administratif**. 4. ed. Paris: Dallos, 2001.

LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. **Les grands arrêts de la jurisprudence adminisrative**. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Derecho de la regulación económica**: fundamentos e instituciones de la regulación. Madrid: Portal Derecho, 2009, Vol. 1.

MARIQUE, Yseult. The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ('QUANGOs'). **Eletronic Journal of Comparative Law**. Vol. 11.3. December, 2007, Disponível em: <<http://www.ejcl.org/113/article113-30.pdf>> Acesso em 06 nov. 2013.

MASAGAO, Mario. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MAURER, Hartmut. **Droit administratif allemand**. Traduzido para o francês por Michel Fromont. Paris: L.G.D.J., 1994.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, Vol. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967**: com a Emenda nº 1 de 1969. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MODESTO, Paulo. Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos: uma distinção necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. n.º 22, maio/junho/julho, Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em 11 jul. 2013.

MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de derecho administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De l'esprit des lois I**. Paris: GF Flammarion, 1979, Vol. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: Parte introdutória, parte geral e parte especial. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade . Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 1229-1247, nov. 2005.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Perspectiva do direito administrativo no século XXI. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Perspectivas do direito público**: (estudo em homenagem a Miguel Seabra Fagundes). Belo Horizonte: del Rey, 1995. p. 31-56.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, v. 22, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>> Acesso: 31 jan. 2014.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e forma de controle. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, p. 523-543, jul. 2006.

PARADA, Ramón. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative law and process**. 3. ed. New York: Foudation Press, 1999, p. 30-34.

QUINZACARA, Eduardo Cordero. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. **Revista de Derecho de La Pontificia Universidade Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 36, n. 1, p. 409-440, jan. 2006.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro, comparado com o direito administrativo francez, segundo o methodo de P. Pradier- Foderé**. 1. ed. Recife: Universal, 1857, Tomo I.

RISON-ROCHE, Marie-Anne, Les autorités administratives indépendantes: distorsion ou réforme de l'Etat? in: BETBEZE, Jean-Paul; COEURE, Benoît (Org.), Quelles réformes pour sauver l'Etat? **Les cahiers du Cercle des économistes**, PUF/Descartes & Cie, 2011, p.125-130.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, Tradução de José Cretella Jr.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1981, Traduzido por Rogério Ehrhardt Soares.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, Tradução de Maria Helena Diniz.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1978.

SÃO VICENTE, José Antonio Pimenta Bueno. **José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente**. São Paulo: Ed. 34, 2002, Organização e introdução de Eduardo Kugelmas.

SAUVÉ, Jean-marc. **Les autorités administratives indépendantes**. Audition par MM. Christian Vanneste et René Dosière, Députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/les-autorites-administratives-independantes.html>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 1. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁCITO, Cáoio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 142-151. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional. **Anuário de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 3, p.163-181, 1999.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA. **A declaração de independência dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

VERPEAUX, Michel; JANICOT, Laetitia. **Droit public: pouvoirs publics et action administrative**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

YILMAZ, Yesim. **PRIVATE REGULATION: A Real Alternative for Regulatory Reform**. Policy Analysis, Washington, v. 30, p.1-38, abr. 1998. Disponível em: <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa-303.pdf>>. Acesso: 31 jan. 2014.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do estado**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

ZOUAIN, Deborah Moraes (Ed.). Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, p.545-565, jul. 2006.