

**ALUNO: FLÁVIO JOSÉ ROMAN**

**OS REGULAMENTOS E AS EXIGÊNCIAS DA  
LEGALIDADE: ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE  
DOS REGULAMENTOS DELEGADOS NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

CURSO: MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

SUBÁREA: DIREITO ADMINISTRATIVO

PUC-SP

2007

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**FLÁVIO JOSÉ ROMAN**

**OS REGULAMENTOS E AS EXIGÊNCIAS DA  
LEGALIDADE: ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE  
DOS REGULAMENTOS DELEGADOS NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, subárea Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha.

PUC-SP

2007

*Banca examinadora:*

---

---

---

## RESUMO

Esta dissertação analisa a viabilidade, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, dos chamados regulamentos delegados, autorizados ou habilitados. Procura também definir os limites do exercício da função regulamentar pela Administração Pública.

Sobre o tema, a primeira preocupação foi definir um dever mínimo de regulamentação do legislador sobre a matéria, uma área onde o Parlamento, em hipótese nenhuma, seria livre para entregar a questão à discricionariedade da Administração. Foi a partir dessa compreensão que se desenvolveu o tema dos regulamentos habilitados, que se justificariam como um tipo de regulamento executivo, eis que os padrões de regulamentação já foram previamente definidos pela lei habilitante. Cuida-se, pois, de uma tentativa de conciliação entre regulamento habilitado e Estado de Direito.

Assim, na primeira parte, debate-se sobre os princípios da separação de poderes e da legalidade e se procura já alinhar os argumentos sobre os limites da função regulamentar.

Já numa segunda parte, cuida-se de diferenciar o regulamento da lei e do ato administrativo em sentido estrito. Em seguida, apresenta-se o conceito de regulamento, bem como sua fundamentação, classificação e tipologia. Mais a frente, discute-se a viabilidade de um regulamento habilitado, mas que não deixe de ser um tipo especial de regulamento executivo porque deve atender às exigências da legalidade. Enfim, são indicados os limites substanciais à função regulamentar, ou seja, os deveres do legislador.

Não se trata, portanto, de uma análise acerca da viabilidade de um tipo abstrato de regulamento para apurar se ele se ajusta ao ordenamento jurídico-constitucional em estudo, mas de compreender o regulamento a partir de determinadas exigências de densidade normativa da lei. É que a partir da definição de deveres mínimos da legislação habilitante, todo regulamento posterior, editado com fundamento nela, poderá ser considerado, de certo modo, como uma modalidade executiva da lei, não ofensiva, pois, aos princípios do Estado de Direito.

## **ABSTRACT:**

This research analyzes the possibilities of delegated regulations in the Brazilian legal-constitutional order, and looks for the definition of the limits of the ruling function by the Public Administration.

The first concern was to define the legislator's minimum duty on regulating the subject, decisions which the Parliament could never entirely assign to the Administration's discretion. The delegated regulations theory was developed from this understanding, as a type of executive regulation, considering that the delegating law had been already defined by regulation standards. It is, therefore, an attempt of conciliation between delegated regulations and Rule of law.

Thus, in the first part of the text, the separation of powers and the legality are covered, in an attempt to line up the limits of ruling function.

In the second part, the differences between regulation and law are explained, and also the differences between regulation and administrative act in strict sense. After that, the regulation's concept is presented, as well its justification, classification and typology. Subsequently, it is argued the existence of delegated regulation as an especial type of executive regulation, once it must respect the legal standards. At last, the substantial limits to the ruling function and are indicated, i.e. the duties of the legislator.

It was not intended the analysis of the viability of the abstract type of regulation to find out whether the regulation is adjusted to the legal-constitutional order. On the contrary, the study tries to understand the regulation from the perspective of the requirements of the law. From the definition of minimum duties of the delegating law, all subsequent regulation would be considered, in certain way, as an executive modality of the law, not offensive, therefore, to the principles of the Rule of law.

*À Carol*

*e*

*Aos meus pais.*

***BREVES AGRADECIMENTOS***

Agradeço, primeiramente, ao Banco Central do Brasil, que, mediante seu Programa de Pós-Graduação, ofereceu condições ideais para este estudo. Agradeço, em especial, ao colega Marcelo Madureira Prates, que sempre ofereceu apoio a essa iniciativa.

Sou também muito grato à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e aos professores André Ramos Tavares, Celso Antônio Bandeira de Mello e Paulo de Barros Carvalho, com os quais tive a satisfação e o privilégio de muito aprender. De maneira muito especial, agradeço ao Professor Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que não só ofereceu sua orientação, mas também sua amizade, que não só engrandece seus alunos com lições sobre Direito, mas oferece, com o exemplo de sua conduta, lições de fraternidade.



**SUMÁRIO:**

<b>PARTE 1: OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA LEGALIDADE.....</b>	<b>1</b>
<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>15</b>
<b>3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>40</b>
<b>PARTE 2: A LEI, O REGULAMENTO, O ATO ADMINISTRATIVO E AS EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE.....</b>	<b>65</b>
<b>1. SENTIDOS DA PALAVRA LEI.....</b>	<b>65</b>
<b>2. A DISTINÇÃO ENTRE REGULAMENTOS E ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>89</b>
<b>3. CONCEITO DE REGULAMENTO.....</b>	<b>118</b>
<b>4. LIMITES À FUNÇÃO REGULAMENTAR.....</b>	<b>162</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>213</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>217</b>
<b>ÍNDICE.....</b>	<b>229</b>

# PARTE 1: OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA LEGALIDADE

## 1. INTRODUÇÃO

As origens do Direito Administrativo o vinculam a uma atitude de oposição ao Poder, pois é um Direito que se justifica enquanto limitação ao Poder. O Direito Administrativo compõe, assim, um conjunto de normas, princípios e regras, que estabelecem os deveres da Administração Pública. Mas ao fixar esses deveres, o Direito Administrativo é compelido a fornecer os poderes instrumentais necessários ao bom atendimento daqueles deveres. Daí existir uma constante tensão no Direito Administrativo, porque ele é, ao mesmo tempo, instrumento e limite de exercício do Poder Estatal. O Estado absolutista é historicamente anterior ao que hoje se entende por Direito Administrativo, pois que este surge exatamente para colocar limites ao arbítrio; há, portanto, uma estreita relação entre Estado-de-Direito e Direito Administrativo. A viabilidade do Direito Administrativo depende do Estado de Direito. Como destaca Caio Tácito, "é a acolhida do princípio da separação de Poderes e a submissão do Poder Executivo às normas emitidas pelo Poder Legislativo que levam à existência autônoma do Direito Administrativo"<sup>1</sup>.

Marcello Caetano indica, por sua vez, que "a *legalidade*, ou submissão da Administração às leis é condição essencial da existência do Direito Administrativo"<sup>2</sup>. A idéia de legalidade, no entanto, deve ser completada com a de separação de poderes. Como explica Afonso Rodrigues Queiró, legalidade e separação dos poderes são princípios complementares, pois só há sentido na idéia de superioridade da lei caso haja uma separação orgânica das

---

<sup>1</sup> Transformações no Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, NDJ, fev., 1999, p. 82. A lição de Hartmut Maurer é no mesmo sentido: "os pressupostos para um direito administrativo no sentido moderno nasceram somente quando, no decorrer do século 19, se produziu a vinculação à lei da administração. Motivo para isso foi a divisão de poderes, que requereu regulações de competência, assim como o reconhecimento de direitos fundamentais, que pedia regulações legais para intervenções na liberdade e propriedade do cidadão. (...) Somente com a juridicização da administração pôde também se formar uma ciência do *direito* administrativo". *Direito administrativo geral*. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, § 2, 8 e 9, pp. 17-8, o destaque é do original.

<sup>2</sup> *Manual de direito administrativo*. Revista e atualizada por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 10ª edição, 1973, 7ª reimpressão, 2001, vol. I, p. 45.

funções do Estado, quando a manifestação superior do Legislativo imponha-se à Administração. Nas palavras do mestre português:

"Ora, parece-nos que a idéia rousseauiana da *superioridade da lei* (vontade geral) postula a existência duma repartição orgânica das funções do Estado, pois só se concebe que a lei seja revestida de superioridade quando há órgãos que na realização de suas funções lhe devam obediência. Quere dizer: ROUSSEAU é insuficiente por si, e só ao lado de MONTESQUIEU o seu pensamento adquire relevância para a ciência do direito público"<sup>3</sup>.

Essa visão acerca da origem do Direito Administrativo, contudo, não é isenta de críticas por parte da doutrina. Gustavo Binenbojm desqualifica a crença nessa "origem milagrosa" do Direito Administrativo, e desvincula a sua origem do advento do Estado de Direito e da separação de poderes. Assim, segundo esse autor, a criação do Direito Administrativo seria uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime, vinculando-se o Executivo às suas próprias decisões e não à vontade geral<sup>4</sup>.

Não se pode, é verdade, imaginar que a implantação do Estado de Direito aconteceu *milagrosamente* do dia para a noite: trata-se de uma constante disputa contra a autoridade unilateral da Administração. Afinal, ninguém pode imaginar que o Poder aceitou passivamente que lhe pusessem grilhões, por certo, que ele manipulou inclusive instrumentos jurídicos em seu favor. Como reconhece o mesmo autor: "O direito nunca muda de uma só vez: novas construções teóricas erigem-se sempre sobre os escombros do passado. Faz parte da natureza do direito uma certa *inércia teórica*"<sup>5</sup>. Não obstante, é certo que só faz sentido especular sobre Direito Administrativo quando se tem em vista um Estado de Direito: há uma estreita ligação entre o surgimento do Direito Administrativo e a limitação do poder estatal<sup>6</sup>. Quando não, a doutrina reconhece que é a partir das concepções filosóficas que colocaram termo ao modelo absolutista de Estado que o Direito Administrativo vai experimentar extraordinário desenvolvimento<sup>7</sup>. Antes disso, "o domínio da administração era por essência o da «política» no âmbito do qual não tinha que respeitar qualquer norma oriunda do parlamento"<sup>8</sup>. Mais certo ainda é que, na atualidade, já não cabe nenhuma possibilidade de se

---

<sup>3</sup> A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo [1ª parte]. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.-dez., 1946, vol. 6, p. 47, nota 24.

<sup>4</sup> Gustavo Binenbojm. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 9-17 e 301.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 312, o destaque é do original.

<sup>6</sup> Cf. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 63-4.

<sup>7</sup> Cf. Sílvio Luís Ferreira da Rocha. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1999, n. 25, 1999, p. 49.

<sup>8</sup> Luís Solano Cabral de Moncada. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 33.

compreender o Direito Administrativo como Direito da Administração ou como forma de assegurar suas prerrogativas especiais.

Essa desconfiança em relação ao Poder, ou mais do que isso, essa luta contra o Poder impregna, assim, toda a compreensão do Direito Administrativo, bem como indiretamente a da ciência que procura descrevê-lo. Assim, nas palavras de A. Gordillo: "El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder —cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es la aventura de pensar"<sup>9</sup>. Como bem alerta Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo deve ser visto "como um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados"<sup>10</sup>.

Dessa forma, a compreensão do Direito Administrativo envolve uma atitude refratária ao reconhecimento de prerrogativas à Administração, especialmente quanto ao reconhecimento de um poder normativo da Administração, exercido em paralelo à atividade legislativa do Parlamento. Nesse contexto, esse poder normativo é facilmente compreendido como contrário ao Estado de Direito, o contemporâneo histórico do Direito Administrativo. "Qualquer desbordamento nesta esfera interfere com a higidez do Estado de Direito ou, quando menos, representa uma atenuação em sua pureza conceitual", como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello no prefácio à obra de Marcelo Figueiredo<sup>11</sup>.

Os princípios que analisaremos na seqüência estão ligados aos fundamentos do Estado de Direito e, por conseqüência, do próprio Direito Administrativo. O assento teórico dessa compreensão de Estado pode ser encontrado nas obras do Barão de Montesquieu (1689-1755) e de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778): "Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é MONTESQUIEU e ROUSSEAU, talvez mais ROUSSEAU que MONTESQUIEU"<sup>12</sup>. É também o que declara, em termos bem próximos, Celso Antônio Bandeira de Mello: "O Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau"<sup>13</sup>. Também esses autores, Rousseau e Montesquieu, revelam profunda desconfiança do Poder Executivo.

---

<sup>9</sup> *Tratado de derecho administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de derecho administrativo, 7ª edição, Tomo 1 (parte geneneral), 2003, p. I-10.

<sup>10</sup> *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 20ª edição, 2006, p. 42.

<sup>11</sup> Marcelo Figueiredo. *As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 5.

<sup>12</sup> Afonso R. Queiró. A teoria... cit. [1ª parte], p. 47.

<sup>13</sup> *Discrecionalidade e controle jurisdiccional*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1993, 6ª tiragem, 2003, p. 11.

Fábio Comparato, ao descrever o pensamento de Rousseau, bem destaca essa desconfiança em relação ao Poder Executivo, especialmente no que toca à sua atividade normativa. Mais do que isso, para Rousseau o *povo* jamais deveria abdicar de seu poder de legislar, ainda que em favor de representantes parlamentares:

"Ora, a inclinação natural de todo aquele que detém o Poder Executivo por delegação popular é de se apropriar desse poder, cujo exercício lhe foi confiado. Em todos os países, o governo age e conspira contra a soberania popular, da mesma forma que a vontade particular age e conspira incessantemente contra a vontade geral. 'Eis aí o vício inerente e inevitável que, desde o nascimento do corpo político, tende sem cessar a destruí-lo, assim como a velhice e a morte destroem, enfim, o corpo humano' [ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Genebra, Les Éditions du Cheval Ailé, 1947, Livro III, capítulo X, p. 292]. Exatamente por isso, o povo não deve, jamais, abrir mão de seu poder de legislar, pois a verdadeira lei é uma garantia permanente da liberdade. 'Um povo livre obedece, mas não vive como servo; ele tem chefes, mas não senhores; ele obedece às Leis, mas só obedece a elas, e é pela força das leis que ele não obedece aos homens' [ROUSSEAU, *Lettres écrites de la montagne, huitième lettre*, in *Oeuvres complètes*, III, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1964, p. 842]"<sup>14</sup>.

Não podemos deixar de observar o quanto essas considerações se aproximam, em certa medida, das de Montesquieu: "... trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites"<sup>15</sup>.

Essa compreensão do Direito Administrativo e do Estado de Direito se, por um lado, explica a posição avessa à ampliação das prerrogativas da Administração Pública, por outro lado, explica a posição de muitos autores terminantemente contrária ao reconhecimento de qualquer possibilidade normativa da Administração Pública. Definem, assim, a atividade regulamentar como sem importância e colocam o regulamento ao lado do juridicamente irrelevante porque seria uma atividade totalmente incapaz de alterar o ordenamento jurídico<sup>16</sup>. É possível dizer, inclusive, que há certo significado emocional negativo da palavra regulamento em Direito Administrativo<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Fábio Konder Comparato. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 263.

<sup>15</sup> *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1747, 3ª edição da tradução, 2005, Livro XI, Capítulo IV, p. 166.

<sup>16</sup> Nesse sentido, as considerações de Rui Cirne Lima são emblemáticas: "No presente, porém, a significação do regulamento é apagadíssima (...). Inoperante *contra legem* ou sequer *praeter legem*, o regulamento administrativo endereçado como vimos, à generalidade dos cidadãos, nenhuma importância, como direito material possui. Avulta nele, certamente, o cometimento técnico. Cumpre-lhe resolver o problema da execução da lei — problema técnico jurídico, por excelência" (*Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1982, p. 40, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 318, nota 4, o grifo não consta do original).

<sup>17</sup> Sobre o significado emotivo das palavras, v. Genaro R. Carrió *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4ª edição, 1990, pp. 2-4. Também Karl Olivecrona, ao tratar das funções da

No estudo do regulamento, essa posição se choca, muitas vezes, com as de juristas mais sensíveis às necessidades de um mundo globalizado, onde, em especial no domínio econômico, transformações profundas acontecem a todo instante, e demandam, assim, a rápida intervenção do Estado.

A atualidade revela, pois, a necessidade de um ordenamento jurídico mais flexível, apto a acompanhar tais mudanças, inclusive no que toca especificamente ao Direito Administrativo<sup>18</sup>. Com efeito, já não é possível repetir no Parlamento a multiplicidade de interesses vigentes na atual sociedade complexa. A heterogeneidade de interesses vigentes na sociedade atual torna difícil ver a lei parlamentar como expressão da vontade geral<sup>19</sup>. É também o que destaca Luís S. Cabral de Moncada:

"A instituição parlamentar como «*forum*» político não nasceu para dar resposta a questões de eficiência e produtividade. A sociedade civil ou «sistema de necessidades» (na terminologia hegeliana) exige hoje mais do que nunca e já assim era no período de Weimar, respostas para as quais o parlamento nem sempre está preparado. No século XIX o parlamento era eleito por sufrágio censitário e legislava assim para uma sociedade relativamente homogênea, não se confrontando com tarefas tão avassaladoramente complexas como as dos nossos dias"<sup>20</sup>.

A complexidade da sociedade foi, então, alçada à condição de fundamento para o recrudescimento dos poderes do Executivo, inclusive no que toca ao seu poder normativo. Nesse sentido, Mirkin-Guetzévitch, destaca que "A vida atual é de tal modo complexa que, de um lado, diversos problemas da vida social devem receber uma regulamentação administrativa e não legislativa, e de outro lado, é o Executivo que desempenha papel mais importante no processo legislativo"<sup>21</sup>.

Alguns autores, então, não se intimidaram em criticar duramente a doutrina de Direito Administrativo e reclamaram novos paradigmas de Direito Administrativo<sup>22</sup>, criando uma relação de forte tensão na doutrina quanto ao tema do regulamento<sup>23</sup>. Exemplo disso são as fortes palavras de Eros Grau:

---

linguagem, fala das propriedades emotivas das palavras (*Linguagem jurídica e realidade*. Tradução de Edson L. M. Bini. Prefácio de Alaôr Caffé Alves. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 50-2).

<sup>18</sup> Cf. Arnold Wald. *Novas tendências do direito administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza*. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.-dez., 1995, vol. 202, 1995, p. 44.

<sup>19</sup> Cf. Sérgio Varella Bruna. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 68-9.

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 156.

<sup>21</sup> *As novas tendências direito constitucional*. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1933, p. 295, *apud* Marcelo Figueiredo, ob. cit., p. 51, nota 2.

<sup>22</sup> Cf. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, ob. cit., *passim*, e Gustavo Binbenbajm, ob. cit., especialmente, pp. 23 e segs.

<sup>23</sup> Cf. Sidnei Turczyn. *O sistema financeiro nacional e a regulação bancária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 363-5, e Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 15-7.

"A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais. (...) Não é estranho, assim, que essa doutrina — no mundo irreal em que se afaga — não avance um milímetro além da afirmação, por exemplo, de que todas as resoluções do Conselho Monetário Nacional, editadas pelo Banco Central do Brasil são inconstitucionais!"<sup>24</sup>.

É que, não obstante os esforços do Direito Administrativo na repressão e contenção da atividade normativa da Administração, na atualidade, não é difícil verificar um incremento de suas possibilidades normativas: gostemos ou não dessa ampliação dos poderes da Administração, não podemos, contudo, negá-la ou, ainda mais grave, simplesmente, ignorá-la. A atividade normativa da Administração ganhou, pois, maior relevo, em especial, diante da impossibilidade de o Legislativo suprir a carência de uma normatividade complexa e apta a resolver os novos conflitos da sociedade globalizada<sup>25</sup>.

No campo da chamada regulação econômica, principalmente, mas não exclusivamente, verifica-se um maior desenvolvimento das possibilidades regulamentares da Administração. É que ampliaram os campos onde o Estado deve normatizar, sem que a lei parlamentar fosse capaz de acompanhar tais mudanças. Se já não é possível repetir no Parlamento a multiplicidade de interesses vigentes na sociedade, como já destacado<sup>26</sup>, justifica-se um crescimento da discricionariedade administrativa, bem como da busca de novas fontes de legitimidade de atuação administrativa, além da legalidade formal, tais como a maior participação popular nos negócios da Administração, a contratualização da atividade administrativa, além da procedimentalização de sua atuação, tudo com o fim de buscar maior consenso<sup>27</sup>.

A necessidade atual de um ordenamento mais flexível envolve, inexoravelmente, todos os riscos de uma maior atuação normativa da Administração e que devem ser necessariamente sopesados pelo Direito Administrativo, especialmente num contexto de democracia recente como o brasileiro.

O esforço de nosso estudo é tentar compreender a atividade normativa da Administração Pública, ou seja, os regulamentos. Assim, nos aventuramos a tentar encontrar

---

<sup>24</sup> Eros Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 2005, pp. 232-3.

<sup>25</sup> Cf. Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 298-9.

<sup>26</sup> Cf., além dos autores já citados, Caio Tácito. Comissão de valores mobiliários. Poder regulamentar [parecer]. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 2, pp. 1.084-6.

<sup>27</sup> Cf. Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 17-23 e pp. 148-57

um espaço legítimo para a atuação normativa da Administração Pública compatível com o Estado de Direito, especialmente em nosso ordenamento constitucional, no qual vigem os princípios da separação de poderes e da legalidade, sem, no entanto, reduzi-la à simples dedução lógica do conteúdo legal.

Afinal, cabe questionar se a necessidade de uma Administração mais dinâmica é razão suficiente para uma relativização do princípio da legalidade. Enfim, é tentar saber se a complexidade da sociedade pós-moderna é razão suficiente para abandonar as conquistas jurídicas forjadas, em especial, no século XIX. Nesse contexto, convém ter presente, desde já, o alerta feito por Luís S. Cabral de Moncada:

"A dinâmica administrativa de nossos dias não é argumento bastante para a eliminação da reserva da lei no âmbito das prestações económicas e sociais. A tese de que é preferível uma administração operativa embora autónoma a uma administração que não actua, tendo em vista os interesses e necessidades sociais em causa, não é convincente nem sequer do ponto de vista sociológico em que a sua defesa costuma ser colocada. Não está provado que a dispersão das actividades administrativas conduza sempre aos melhores resultados e sobretudo não é possível provar que administração funciona tanto mais eficientemente quanto mais ténue fosse a sua vinculação à lei"<sup>28</sup>.

Dessa forma, embora estejamos cientes de que o regulamento é cada vez mais presente em nosso cotidiano, não se justificando mais tachá-la de insignificante ou sem importância<sup>29</sup>, não queremos e não pretendemos tergiversar ou relativizar aquela concepção de Direito Administrativo dada ao início: presta-se esse Direito à garantia do administrado e não como meio de assegurar prerrogativas à Administração. Abdicar dessa compreensão de Direito Administrativo equivaleria a abdicar do próprio Direito Administrativo. Daí a

---

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 220, o grifo não consta do original.

<sup>29</sup> Sobre a importância da atividade regulamentar, já em 1965, muito antes das agências reguladoras, Fábio Comparato já questionava: "Nossos centros de cultura jurídica poderão continuar ignorando a profunda influência das instruções da extinta SUMOC, hoje Banco Central da República, sobre a vida jurídica privada, ou os problemas postos pela regulamentação do câmbio ou o estatuto do capital estrangeiro?" (O indispensável direito econômico. *Revista dos tribunais*. São Paulo, mar., 1965, vol. 353, pp. 14-5). Ainda sobre a importância dos regulamentos, Almiro do Couto e Silva assenta que "nenhum de nós ignora o significado e o poder dos regulamentos, resoluções, circulares, portarias etc., pelas quais de um só golpe, como ocorre com as Resoluções do Conselho Monetário Nacional ou com as circulares do Banco Central, altera-se o desenho de importantíssimos setores da Nação. O problema, aliás, não é só nosso e encontra símile na maioria dos países democráticos do nosso tempo" (Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*. São Paulo, out.-dez., 1987, n. 84, p. 52). Mais recentemente, v. Gustavo Binenbojm: "Apesar do alto grau de constitucionalização do direito administrativo e de a lei ser histórica e classicamente sua fonte por excelência, cada vez mais os regulamentos são a fonte quantitativamente mais importante do direito administrativo. Pode-se afirmar que, atualmente, os regulamentos são a fonte mais importante do direito administrativo, do ponto de vista prático" (ob. cit., pp. 152-3). Na doutrina estrangeira, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam que os regulamentos, na atualidade, passou a ser "la parte más significativa del ordenamiento jurídico-administrativo" (*Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas ediciones, 12ª edición, 2004, reimpresión, 2005, vol. 1, p. 185). O parecer de Agustín Gordillo, embora não deixe de enfatizar os riscos do poder regulamentar, também é nesse sentido: "En la inmediatez diaria de la vida administrativa, el reglamento es la norma de mayor importancia momentánea" (ob. cit. loc. cit., p. VII-20). V., ainda, Caio Tácito. Comissão... cit. [parecer], pp. 1.085-6.



preocupação em conceber essa atividade normativa da Administração não como simples poder desgarrado da *lei*, mas como dever-poder ou função.

A nossa proposta, contudo, procurou se afastar um pouco da forma convencional de estudo do regulamento. Ao invés de se deter no estudo dos limites das prerrogativas normativas da Administração, desdobrando todas as possibilidades e impossibilidades dessa função normativa, optamos por tentar destrinchar quais são as exigências da legalidade. Assim, procuramos indicar, ainda que com várias limitações, eis que a questão não aceita sua acomodação fácil em esquemas teóricos simples, quais seriam os deveres do legislador ao estipular o dever da Administração de regulamentação de uma determinada matéria. Em suma, tentamos responder à seguinte indagação: qual é o conteúdo mínimo a ser exigido da lei ao estabelecer a competência normativa da Administração? Tentamos, com inspiração em especial na obra de Luís S. Cabral de Moncada, definir as possibilidades do regulamento a partir da lei, e não a partir de um tipo abstrato de regulamento para apurar se ele se acomoda ao contexto constitucional.

Com efeito, ao conceder uma maior margem de atuação para a atividade administrativa, o próprio legislador deve fixar limites ou, como prefere boa parte da doutrina, inspirada nos modelos norte-americanos, deve o legislador fixar suficientes *standards* legais. Não obstante grande parte dos trabalhos sobre tema destaque a necessidade da fixação desses padrões, poucos são aqueles que se atrevem a tentar enumerá-los.

Nesse contexto, procuramos delinear um dever mínimo de regulamentação do legislador sobre a matéria, uma zona onde o Parlamento não é livre para entregar a questão à discricionariedade da Administração. A partir dessa compreensão, procuramos desenvolver o tema dos regulamentos autorizados, delegados ou habilitados. Tais regulamentos, então, se justificariam como uma forma de regulamento executivo, eis que os padrões de regulamentação já foram previamente alinhados pela lei formal, como será mais amplamente debatido no correr do estudo.

A proposta, assim, é tentar conciliar os regulamentos autorizados com o Estado de Direito, mediante a indicação de pontos fundamentais da regulação que não devem ser entregues à discricionariedade da Administração, sob pena de violação àquela concepção de Estado. Cuida-se, pois, de uma tentativa de ajuste entre tais modelos de regulamentos e os princípios da separação de poderes e da legalidade.

Nesse esforço de compreensão dos limites da atividade normativa da Administração, o primeiro passo para a aproximação ao tema é o estudo dos princípios da legalidade e da separação de poderes do Estado. Esses dois princípios, por certo, são obstáculos

incontornáveis ao reconhecimento de uma atividade normativa da Administração Pública completamente alheia à lei no Estado de Direito. Ademais, em conjunto, traçam as balizas mestres dos limites dessa atividade. Não só isso, além de serem princípios fundamentais de nosso ordenamento constitucional, esses princípios estão ligados ao próprio surgimento do Estado de Direito — que não se reduz, entretanto, a tais princípios<sup>30</sup> — e, por conseqüência, ao Direito Administrativo.

Contudo, não pretendemos desenvolver os temas dos princípios até suas últimas conseqüências. Por isso nos dispensamos de traçar os seus fundamentos históricos, filosóficos ou políticos. Tão-só buscaremos uma compreensão do tratamento dado a essas questões no ordenamento constitucional brasileiro, que, como oportunamente se verá, possui peculiaridades que o singulariza e traz maiores dificuldades ao desenvolvimento de uma atividade normativa da Administração.

A análise, todavia, não se furta de expor, brevemente, o pensamento do Barão de Monstequieu que, se não foi o pioneiro em reconhecer a tripartição de poderes, certamente, foi insuperável na tarefa de difundir essa idéia. Assim, na seqüência, tratamos de expor as linhas gerais de seu pensamento, para, em seguida, tentarmos traçar os delineamentos do princípio da separação de poderes nas normas constitucionais nacionais.

Enfim, ao final desta primeira parte, dissertaremos sobre o princípio da legalidade e a sua compreensão constitucional. Procuraremos, também, destacar outros princípios que não são mais que conseqüências da consagração do princípio da legalidade pelo nosso ordenamento constitucional.

Serão destacadas as propaladas crises que, recentemente, esses princípios têm enfrentado. A preocupação maior é destacar a impossibilidade de se dispensar esses princípios, ainda que hoje a Administração Pública se inclua num contexto de mundo globalizado e complexo, onde sua atividade não se reduz à mera subsunção mecânica de fatos às normas para a adoção da providência concreta legalmente reclamada.

Após tais esforços, será abordado de forma específica o tema do regulamento. Nesse sentido, o primeiro cuidado será diferenciá-lo da lei e evidenciar a impossibilidade de se relacionar ato do Executivo com a lei.

---

<sup>30</sup> Almiro do Couto e Silva explica que as principais notas do Estado de Direito em seu aspecto formal são: a) direitos e garantias fundamentais; b) divisão de funções do Estado; c) legalidade da Administração Pública; e d) proteção da boa-fé ou da confiança que os administrados têm na ação do Estado. Já no seu aspecto material, seus elementos estruturantes são a justiça e a segurança jurídica (Princípios... cit., p. 46). Sobre os princípios do Estado de Direito, v., ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Estado de direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2004, pp. 23-39.

Em seguida, cuida-se de distinguir o regulamento do ato administrativo, para, enfim, oferecer uma definição sobre o que se entende por regulamento. Após o quê, será possível uma classificação dos regulamentos.

Já na parte final, serão alinhados os argumentos favoráveis à viabilidade de um regulamento delegado ou habilitado, mas que não deixará de ser, em certa medida, executivo, nos termos já antes assentados, eis que se pretende indicar um dever mínimo de previsão legal a ser desempenhado pelo Legislativo quando confere competência normativa à Administração.

### *1.1. ESCLARECIMENTO PRELIMINAR NECESSÁRIO: O QUE É UM PRINCÍPIO JURÍDICO?*

Uma questão preliminar, no entanto, se impõe: definir, ainda que em linhas gerais, o que se entende por princípio jurídico. A questão levantada na epígrafe, logo se vê, não é simples. A distinção entre princípios e regras suscita debate acalorado na doutrina. No entanto, na seqüência, vamos tratar de dois princípios — separação de poderes, neste tópico, e legalidade, no seguinte —, assim, não é possível deixar de anotar o que significa princípio neste trabalho.

No constitucionalismo contemporâneo, podemos falar que existe consenso na definição de princípio como norma, especialmente porque na atualidade os princípios gerais de direito estão constitucionalizados. Os princípios não são mais, pois, fontes subsidiárias<sup>31</sup>. Paulo Bonavides esclarece que, uma vez constitucionalizados, os princípios tornam-se a chave de todo o sistema normativo. Não se trata mais de princípios gerais, mas de princípios constitucionais. Assim, na fase que ele define de pós-positivista, os princípios já não exercem uma função secundária no ordenamento, sendo invocados tão-só para o preenchimento do vazio legislativo. As constituições contemporâneas, explica, convertem os princípios "em

---

<sup>31</sup> Assim ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sobre os princípios gerais de direito: "A aplicação desses princípios se faz ante a lacuna da lei, e mesmo do costume, por inexistir norma específica regendo a hipótese. Não envolve, portanto, qualquer derrogação de norma positiva e da sistemática do direito positivo, mas a sua complementação". *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 2ª edição, 1979, vol. I, p. 407.

pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"<sup>32</sup>.

Entretanto, já não podemos constatar esse mesmo consenso no que se refere à diferenciação entre regras e princípios, espécies do gênero norma. Embora seja um debate polêmico, que ganhou força na atualidade com a publicação das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>33</sup>, na doutrina nacional, ganha destaque a posição original de Humberto Ávila. A sua proposta defende que tanto as regras quanto os princípios podem ser ponderados. Segundo seu entendimento, não há uma necessária correspondência entre texto e norma. Logo, a norma é fruto de uma interpretação<sup>34</sup>. Os textos não possuem, pois, um significado intrínseco, é o uso que lhes confere sentido. Mas há significados ou sentidos partilhados ou intersubjetivados pela comunidade que funcionam como limites ao intérprete. Interpretar, assim define, é construir a partir de algo, é reconstruir<sup>35</sup>. Daí sua conclusão no sentido de que não se pode afirmar, *a priori*, se certo texto constitucional possui um princípio ou uma regra porque essa definição dependerá da atitude do intérprete<sup>36</sup>.

Ainda segundo Humberto Ávila, o princípio é uma norma que estabelece como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas e como dever mediato a adoção da conduta necessária para a promoção desse fim; já as regras estabelecem como dever imediato a adoção de uma conduta descrita e como dever mediato a manutenção de fidelidade à finalidade subjacente. Assim, se o intérprete focar a interpretação nas finalidades, ou seja, nos bens

---

<sup>32</sup> Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 11ª edição, 2001, pp. 231-2 e 237. Cf., ainda, José Roberto Pimenta Oliveira. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 27-9.

<sup>33</sup> Cf. Luís Virgílio Afonso da Silva. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, jan.-jul., 2003, vol. 1, p. 609, e Fábio Comparato. *Ética...cit.*, p. 510.

<sup>34</sup> Também Eros R. Grau defende que a norma é o produto da interpretação: "A interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições (...) Por isso, as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, não dizem nada — elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem" (ob. cit., pp. 39 e 95, os destaques são do original). Bem por isso, Eros Grau sustenta que a interpretação é expressão de poder. Logo, interpretação e aplicação não são atividades autônomas, mas são atividades que se superpõem (ob. cit., pp. 207-8).

<sup>35</sup> Em sentido algo diverso, v. a doutrina de Karl Larenz: "o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo (...) Não quer dar a sua interpretação — se bem que naturalmente seja sempre também a sua —, mas a que é requerida com base na norma e na cadeia de regulação". *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, 4ª edição, 2005, pp. 441-2.

<sup>36</sup> Humberto B. Ávila. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2004, pp. 23-6.

jurídicos ou estados de coisas que se pretende preservar, o texto se revela como princípio; ao contrário, se mirar o foco de sua interpretação nas condutas, revela-se o texto como regra<sup>37</sup>.

Embora possamos aceitar como corretos os pressupostos do pensamento de Humberto Ávila acerca da diferenciação entre texto e norma, não seguimos a definição de princípio jurídico por ele proposta. Logo, no texto, não nos preocupamos em apurar se o princípio em estudo determinava ou não, como mandamento imediato, a manutenção de fidelidade a uma finalidade subjacente. O cerne de nossa preocupação foi, sim, revelar o princípio como uma norma fundamental à configuração do ordenamento jurídico. O termo princípio foi empregado com a intenção de destacar o caráter fundamental da norma, isto é, o seu caráter nuclear. Assim, dizer que é uma norma é fundamental ao nosso ordenamento constitucional é dizer que o sistema constitucional seria outro na hipótese de sua retirada. O princípio é, pois, uma norma de natureza estruturante. É destacar, enfim, o caráter essencial dessa norma para a configuração do sistema constitucional. Afinal, não se deve ignorar que o primeiro sentido que a palavra princípio evoca em nossa mente é o de início, de começo, revelando sua origem latina no termo *principium*<sup>38</sup>. Efetivamente, aquilo que é o fundamento de um ordenamento jurídico vem em primeiro lugar, possui, pois, preeminência nesse ordenamento. Nesse sentido, além da lição de Paulo Bonavides, já referida, calha a transcrição do ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Princípio — já averbamos alhures — é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido

---

<sup>37</sup> Humberto B. Ávila, ob. cit., pp. 61-70. O autor ainda destaca um terceiro tipo de norma: os postulados normativos. Os postulados são metanormas ou normas de segundo grau, são normas que estruturam a aplicação de outras normas, são deveres estruturantes de aplicação de outras normas (ob. cit., pp. 87-90). Contudo, não interessa tratar deles mais detidamente aqui. Ainda sobre a compreensão de princípio, v., do próprio Humberto Ávila. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jan.-mar., 1999, vol. 215, pp. 154-8 e 160-8, e Princípios, teoria dos [verbetes]. In: Vicente de Paulo Barreto (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 659-61. Críticas às teses de Humberto Ávila podem ser encontradas no texto de Luís Virgílio Afonso da Silva, no qual destaca "ser passível ou carente de 'sopesamento' é característica exclusiva dos princípios" (Princípios... cit., p. 617). Destaca, no entanto, Luís Virgílio Afonso da Silva que "Rebater os argumentos de Humberto Ávila, não significa, contudo, ignorar a importância de seu trabalho. Ao contrário do que frequentemente acontece nos casos de recepção de teorias estrangeiras, Humberto Ávila não se limita a meramente reproduzir acriticamente algo recebido, mas expõe, com argumentos, o que entende ser problemático na distinção entre regras e princípios" (ob. cit., p. 608, nota 2). Outros critérios, usualmente utilizados pela doutrina para a distinção entre princípios e regras, são indicados por J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2005, 2ª reimpressão, pp. 1.160-1.

<sup>38</sup> Cf. Humberto Ávila, última ob. cit., p. 657, e Fábio K. Comparato. *Ética...* cit., pp. 484-5.

harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo"<sup>39</sup>.

E não podemos deixar de destacar a importância concedida aos princípios no Direito Administrativo pela obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, na qual destaca que os princípios, em seu conjunto, formam o regime jurídico-administrativo, e, assim, funcionam como guia e orientam a compreensão dessa disciplina. A preocupação do jurista deve, pois, ser revelar tais princípios consagrados<sup>40</sup>.

Também Fábio Comparato<sup>41</sup>, ao tratar dos princípios éticos (a ética, na compreensão desse autor, envolve o direito, a moral e a religião), destaca que a diferenciação entre princípios e regras se pauta numa consideração de superioridade hierárquica dos princípios. Bem por isso, é que os princípios têm função diferente das demais regras em razão de sua fundamentalidade: eles funcionam como critério de interpretação e integração do texto. Assim, ainda que as normas estejam localizadas no mesmo texto não se verificando verdadeira hierarquia normativa, porque estão no mesmo plano, é nos princípios que estão os critérios para a compreensão e integração das demais normas, bem como daquelas que nelas se fundam<sup>42</sup>.

A proposta de definição de princípio não quer fugir da prática jurídica brasileira, que reserva o termo princípio para conferir a devida importância ao conceito<sup>43</sup>. Em razão de sua equivocidade, o termo princípio, tal qual grande parte dos conceitos jurídicos, exige um cuidado adicional: o de manter a fidelidade ao conceito inicialmente proposto e averiguar se a doutrina que se invoca também utiliza o termo no mesmo sentido e assim manter uma postura coerente. Esse é o pertinente alerta de Luís Virgílio Afonso da Silva<sup>44</sup>, que procuramos seguir.

Na doutrina estrangeira, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>45</sup> também destacam a importância maior dos princípios gerais de Direito, quando constitucionalizados, e asseguram que, na atualidade, eles não se limitam a suprir as fontes

---

<sup>39</sup> Discricionariedade administrativa e controle judicial. *Revista de direito público*. São Paulo, nov.–dez., 1974, n. 32, 1974, p. 18, e *Curso...* cit., pp. 902-3.

<sup>40</sup> O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de direito público*. São Paulo, out.–dez., 1967, n. 2, pp. 56-8, e *Curso...* cit., pp. 78-83.

<sup>41</sup> *Ética...* cit., pp. 509-13.

<sup>42</sup> Cf., nesse sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 149-51.

<sup>43</sup> Cf. Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*. São Paulo, abr., 2002, vol. 798, p. 26 e nota 13, e *Princípios...* cit., p. 612.

<sup>44</sup> *Princípios...* cit., em especial, pp. 613-4.

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, pp. 91-2. Os autores espanhóis citados destacam na obra a produção de cada autor, mas se solidarizam pelo conjunto, pois participam ativamente da redação de todo o texto (*ob. cit.* p. 8), razão pela qual, em todas as citações dessa obra, atribuímos o texto aos dois autores.

escritas, mas dão sentido e presidem a interpretação de normas escritas. Isso porque, explicam, gozam da superioridade normativa formal da constituição que lhes consagra.

Assentada essa idéia, convém consignar que, por óbvio, não se trata de uma opção arbitrária ou subjetiva a indicação de certa norma constitucional como fundamental: é o próprio texto da Constituição que a define como fundamental. Assim, é a Constituição que define o princípio da separação de poderes como fundamental porque o incluiu no seu Título I, cuja epígrafe é "*Dos princípios fundamentais*". Não só: o ordenamento constitucional qualifica esse princípio como norma irrevogável, pois veda qualquer emenda tendente a abolir a separação de poderes (Constituição, art. 60, § 4º, III). Ou seja, compreende que o ordenamento jurídico seria outro caso fosse possível sua retirada.

Também é a Constituição que coloca o princípio da legalidade como o primeiro princípio da Administração Pública. Ademais, ainda no seu Título I, a Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Com efeito, não se compreende um Estado de Direito sem sujeição à legalidade<sup>46</sup>. Afora isso, uma das facetas do princípio da legalidade constitui direito e garantia fundamental do cidadão, assegurado pelo art. 5º, II, da Constituição da República. Logo, também é norma que não pode ser revogada por emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV).

Ao destacar, portanto, que a separação de poderes e a legalidade são princípios, queremos destacar, tão-somente, que essas são normas essenciais; são verdadeiros vetores interpretativos do texto constitucional, sem preocupação de enquadrá-los como regra ou princípio por alguma nota diferenciadora inerente à sua estrutura. Em síntese: dizemos que são princípios porque são normas fundamentais e irrevogáveis de nosso ordenamento constitucional.

---

<sup>46</sup> Cf., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 88-9.

## **2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

### **2.1. A SEPARAÇÃO DE PODERES E MONTESQUIEU**

Vale advertir, já de início, que não há intenção de esmiuçar por completo a obra de Montesquieu, especialmente porque tal empreitada fugiria aos objetivos do estudo proposto. Também não há pretensão de indicar, de maneira original e definitiva, o seu pensamento. Não, a intenção é, tão-só, traçar um esboço geral de suas idéias sobre o tema da separação de poderes, pois se trata do grande sistematizador desse tema, embora muitos autores assegurem que a sua idéia não era original, buscando as origens teóricas da *tripartição* de poderes nas obras de Aristóteles (384-322 a.C.) ou de John Locke (1632-1704)<sup>1</sup>. Miguel Seabra Fagundes lembra, inclusive, que Montesquieu não chegou sequer a usar o termo "separação de poderes"<sup>2</sup>. Não se deve deixar de anotar, ainda, que existem autores que sustentam que não são três as funções ou poderes do Estado, mas não há como negar que o sistema tripartido é o mais consagrado nas atuais constituições do mundo ocidental, como nos assegura Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup>.

Ademais, a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, vai muito além da trilogia dos poderes. O objetivo dela era demonstrar as relações que as leis devem ter com o clima, o número de habitantes, a religião, o governo e a constituição de cada povo, entre outros fatores. São essas relações juntas que formam o espírito das leis. As idéias Montesquieu apóiam-se, convém registrar, numa concepção liberal de Estado<sup>4</sup>. Bem por isso, Eros R. Grau<sup>5</sup> afirma que a separação de poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal, coroado na afirmação escrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

---

<sup>1</sup> A bibliografia sobre a questão é vasta. Cf., entre outros, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 28; J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 578-81, Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 50 e segs., Almiro do Couto e Silva. Princípios... cit., pp. 48-9, Eros Grau, ob. cit., pp. 226-8, Fábio Comparato, ob. cit., pp. 218-9 e 670 e segs., Simone Lahorgue Nunes. *Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 86 e segs., e André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2003, pp. 859-60.

<sup>2</sup> Miguel Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizado por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 7ª edição, 2005, p. 3, nota 2.

<sup>3</sup> *Curso...* cit., p. 28. Este autor traz, ainda, uma nota (nota 2) na qual sintetiza os argumentos de alguns juristas que negam o sistema de tripartição, dentre os quais se inclui Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios...* cit., pp. 24-33).

<sup>4</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 28.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 225.



de 1789, segundo o qual não há Constituição sem separação de poderes e garantia dos direitos<sup>6</sup>.

Cabe frisar ainda que as idéias de Montesquieu revelam uma forte inspiração jusnaturalista, sendo emblemática, a propósito, a sua definição de lei: "A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana"<sup>7</sup>.

O tema da tripartição aparece, nesse contexto, quando ele trata *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição* (Livro XI), em especial ao descrever o que chamou de Constituição da Inglaterra (Capítulo VI). Assim, essa liberdade política só existe quando não se abusa do poder<sup>8</sup>. E, para não se abusar desse poder, "é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder"<sup>9</sup>, pois os que têm poder são propensos a dele abusar, só parando quando encontram limites.

Portanto, segundo Montesquieu, existem três poderes em cada Estado: o poder legislativo, o poder executivo e o poder de julgar, que são assim definidos: o primeiro poder é o de criar leis e de corrigir e anular as que foram feitas; já o poder executivo consiste em fazer a paz, declarar a guerra, enviar ou receber embaixadas, instaurar a segurança e prevenir invasões; por fim, o poder de julgar envolve punir os crimes e dirimir os conflitos entre os súditos.

O autor defende, então, que esses poderes não podem estar unidos no mesmo órgão, sob pena de não existir liberdade onde aconteça essa união. Para assegurar a liberdade, é preciso que o poder, separado em órgãos distintos, limite o poder. Profere, enfim, suas advertências mais graves:

"Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de

---

<sup>6</sup> "Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". Article 16. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 16 Août 1789.

<sup>7</sup> Montesquieu, ob. cit., Livro I, Capítulo III, p. 16. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que "A existência de um Direito superior à lei positiva está presente no *Espírito das leis*, que lhe deve um fulgor extraordinário" (ob. cit., p. 11). Luís Solano Cabral de Moncada destaca ainda Montesquieu como um dos precursores da causalidade científica nas ciências sociais, pois sua noção de lei é "ancorada na idéia de relação necessária aberta à causalidade, subvalorizando-se os elementos éticos, decorrentes da livre opção" (ob. cit., p. 45, nota 23).

<sup>8</sup> Para Montesquieu "a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer (...) A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem". Assim, define que "A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão" (ob. cit., Livro XI, Capítulo III, p. 166, e Capítulo VI, p. 168).

<sup>9</sup> Ob. cit., Livro XI, Capítulo IV, p. 166.

julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares"<sup>10</sup>.

Não obstante o contexto jusnaturalista em que a tripartição de poderes é apresentada por Montesquieu, a separação de poderes, em verdade, não decorre da essência ou da natureza das coisas. Ela não é intrínseca à idéia de Estado. Na realidade, ela é uma criação do homem com um firme propósito ideológico: assegurar a liberdade por meio da cisão do poder. O princípio da separação quer assegurar a existência efetiva de um sistema de garantia de liberdades<sup>11</sup>. Não é a natureza das coisas que determina a cisão dos poderes do Estado. Em verdade, ela é uma opção por um modelo de Estado com a finalidade de assegurar, desse modo, a liberdade<sup>12</sup>. Os poderes são divididos em órgãos distintos a fim de garantir que poder limite poder, preservando, então, a liberdade dos súditos. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção *política* invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima *consagração jurídica*. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à idéia de tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes."<sup>13</sup>.

Ora, se a tripartição não decorre de uma essência, se ela não está amparada na natureza das coisas, então, é preciso que ela esteja assegurada pelas leis. Daí se poder afirmar que a separação de poderes vale porque é, quando é, e na forma como é positivada pela Constituição. Aliás, é o próprio Montesquieu<sup>14</sup> quem parece sugerir isso ao afirmar que seu

---

<sup>10</sup> Ob. cit., Livro XI, Capítulo VI, p. 168.

<sup>11</sup> Marcelo Figueiredo, ob. cit., p. 54.

<sup>12</sup> Também Agustín Gordillo (ob. cit., Tomo 1, IX-1-2), Simone Nunes (ob. cit., p. 89) e Eros Grau (ob. cit., p. 226) destacam a liberdade como finalidade da separação de poderes. Uma proposta um pouco diferente, mas no mesmo sentido, encontramos no ensaio de Bruce Ackerman. Para esse autor, os ideais legitimadores da separação de poderes são a democracia, o profissionalismo administrativo e a proteção dos direitos fundamentais, sem o quê tem-se o motor da tirania (The New separation of powers. *Harvard Law Review*. Cambridge, jan., 2000, vol. 113, n. 3, pp. 639-40). Aliás, o seu texto instiga a questionar se a mera separação de poderes é capaz de garantir a liberdade contra o autoritarismo. Ao defender a proposta de separação de poderes no modelo parlamentarista contido (*constrained parliamentarism*) destaca: "Generations of Latin liberals have taken Montesquieu's dicta, together with America's example, as an inspiration to create constitutional governments that divide lawmaking power between elected presidents and elected congress — only to see their constitutions exploded by frustrated presidents as they disband intransigent congress and install themselves as *caudillos* with the aid of military and/or extraconstitutional plebiscites" (ob. cit., p. 645)

<sup>13</sup> *Curso...* cit., p. 31, os destaques são do original.

<sup>14</sup> Ob. cit., Livro XI, Capítulo VI, p. 178.

propósito era apenas de demonstrar que a liberdade estava estabelecida nas leis da Inglaterra e não assegurar que os ingleses formavam uma nação livre.

## *2.2. PODERES SEPARADOS, MAS NÃO ISOLADOS: EQUILÍBRIO E HARMONIA ENTRE OS PODERES*

Também não se deve imaginar que Montesquieu quis uma perfeita e completa separação de poderes, sem nenhuma forma de interferência de um poder em outro poder. Essa proposta consistiria em mito, como explica J. J. Gomes Canotilho. O autor português explica, invocando a lição de Ch. Eisenmann, que essa teoria rígida da separação nunca existiu em Montesquieu: mais do que separação, ele quis uma combinação de poderes. Ademais, explica Gomes Canotilho, na obra de Montesquieu os poderes legislativo e executivo estavam divididos entre três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, isto é, entre a realeza, a nobreza e a burguesia, respectivamente. O problema político era combinar essas potências<sup>15</sup>. A conclusão do citado autor português é que a separação de poderes "não é um esquema rígido mas apenas um princípio organizatório fundamental. Como tal não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal"<sup>16</sup>.

Com efeito, como destaca Simone L. Nunes<sup>17</sup>, Montesquieu pretendeu uma atuação equilibrada dos poderes, bem por isso ele admitia expressamente certas interpenetrações entre os poderes. Também Eros Grau destaca, além dessa interpenetração entre os poderes, o fato de Montesquieu admitir expressamente que o Poder Executivo participa da legislação por meio do veto, ou seja, com o poder de impedir. Assim, Eros Grau conclui que Montesquieu não quis estabelecer uma separação, mas uma distinção entre os poderes<sup>18</sup>. Não obstante a distinção ou cisão, os poderes deveriam atuar em clima de equilíbrio.

Importante anotar, ainda, que Simone Nunes e Eros Grau sublinham o fato de que Montesquieu afirmou que o Poder Executivo se exerce sobre as questões momentâneas, enquanto o Poder Legislativo trata das coisas não-momentâneas, mas estruturais<sup>19</sup>. Esse fato,

---

<sup>15</sup> Ob. cit., pp. 114-5. A obra de Ch. Eisenmann referida por Gomes Canotilho é a seguinte: *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933.

<sup>16</sup> Ob. cit., pp. 556-7.

<sup>17</sup> Ob. cit., pp. 92-3.

<sup>18</sup> Eros Grau, ob. cit., pp. 229-30.

<sup>19</sup> Cf. Simone L. Nunes, ob. cit., p. 94, e Eros Roberto Grau, ob. cit., pp. 230-1. Os autores citados se referem aos seguintes trechos da obra de Montesquieu: "O poder executivo deve estar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por

argumentam, revela que a ordem jurídica deve diferenciar as normas conjunturais das normas estruturais. É essa distinção que viabiliza a atuação normativa da Administração Pública para tratar das coisas momentâneas ou conjunturais. Portanto, essa atuação normativa não se incompatibiliza, assim concluem, com a doutrina postulada por Montesquieu.

Em verdade, contudo, tais considerações também podem ser tomadas como releituras da obra de Montesquieu, eis que ele propõe uma visão de autonomia de cada poder no exercício de sua função<sup>20</sup>. Ademais, na obra de Montesquieu não há, de forma clara, uma distinção entre função e órgão<sup>21</sup>, e essa identificação de função e órgão implica a impossibilidade de um órgão exercer mais de uma função.

Não obstante, não há nada de equivocado em procurar novas formas de compreensão de textos clássicos, como o de Montesquieu, para contextualizá-los aos desafios de nossos tempos. Como bem alerta Bruce Ackerman: "We honor Montesquieu and Madison best by seeking new constitutional forms to master these challenges, even at the cost of transcending familiar trinitarian formulations"<sup>22</sup>.

Assim, podemos chegar a duas conclusões prévias. A primeira assenta-se na afirmação de que a separação de funções do Estado serve à garantia da liberdade nesse Estado. A segunda se relaciona com a primeira para afirmar que, se a separação de poderes não advém da própria essência do Estado, ela só vale na medida em que posta pela Constituição do Estado. Daí se afirmar que o princípio da separação dos poderes vale porque é norma posta pela Constituição da República<sup>23</sup>. Então, somos impulsionados a analisar em que termos nossa Constituição colocou a separação de poderes. É o objeto do próximo tópico.

---

um do que por vários; ao passo que o que depende do poder legislativo é com freqüência mais bem ordenado por muitos do que por um só (...) Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza, é inútil limitá-la: além do que o poder executivo exerce-se sempre sobre coisas momentâneas" (ob. cit., Livro XI, Capítulo VI, pp. 172 e 174). Além dos autores referidos, também Eduardo Salomão Neto destaca a impossibilidade de absoluta separação de poderes, preliminarmente a sua análise do poder regulamentar do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional (*Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 79-80).

<sup>20</sup> Cf., nesse sentido, Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 222 e nota 308.

<sup>21</sup> Cf. Victor Nunes Leal. Lei e regulamento (1945). In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 67.

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 727.

<sup>23</sup> Cf., a propósito, as considerações de Gustavo Binenbojm: "O que se quer destacar, portanto, é que o princípio da separação de poderes merece releitura diante de um novo Estado, entendendo-se que tal preceito, muito mais que postulado da ciência política, é norma jurídica, e como tal deve ser interpretada" (nota de atualização à M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 6). Também expressiva é a seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal: "O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são as concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República". STF,

### 2.3. PROPOSTA DE DEFINIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República de 1988 consagra expressamente, como princípio fundamental, a tripartição de poderes em seu art. 2º ao estabelecer que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"<sup>24</sup>. A Constituição da República veda ainda a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a separação de poderes, vale dizer, o princípio é cláusula pétrea (Constituição, art. 60, § 4º, III). Contudo, por óbvio, não basta a declaração da separação, afinal não há uma relação direta entre as funções e os órgãos que exercem essa função<sup>25</sup>.

A separação de poderes não se pauta na completa independência e no pressuposto de não-interferência entre os poderes; sequer Montesquieu concebia uma separação completa, como já anotamos<sup>26</sup>. Há, portanto, uma separação formal entre os poderes que não vincula diretamente e de forma exclusiva uma determinada função a um determinado poder: a rigidez é temperada pelos princípios da interdependência e da colaboração entre os poderes, sendo que os poderes não realizam com exclusividade a função *material* para a qual foram idealizados<sup>27</sup>. Segundo Miguel Seabra Fagundes, "É de notar, porém, que cada um desses

---

Pleno, Ação direta de inconstitucionalidade 98-5/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 7.8.1997, DJ 31.10.1997, v.u.

<sup>24</sup> Sobre o art. 2º da Constituição de 1988, é preciso referir, ainda que em breve nota, ao triste e recente episódio no qual o Ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e Ex-constituente, Sr. Nelson de Azevedo Jobim, confessou aos repórteres do Jornal *O Globo* que o art. 2º — entre outros — foi incluído no texto constitucional sem ter sido votado em Plenário na Assembléia Nacional Constituinte. Afora o fato de que o princípio da separação de poderes não se resume àquela declaração, cabe destacar dois pontos: (i) o texto já constava da Constituição "votada em Plenário", mas no seu Título IV *Da organização dos poderes* e não no Título I *Dos princípios fundamentais*; e (ii) o Presidente da Assembléia Nacional Constituinte exigiu a votação nominal da redação final do texto: o regimento previa votação simbólica. Assim, o lamentável episódio não autoriza qualquer pretensão de se afastar a aplicação do princípio da separação de poderes. Cf. CONSTITUIÇÃO 15 anos. *O Globo*, Suplemento Especial Constituição Cidadã, Rio de Janeiro, 10.7.2003, pp. 2-3; e JOBIM diz que pedido de renúncia é 'loucura'. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 6.11.2003, caderno Brasil, p. A-9.

<sup>25</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 21.

<sup>26</sup> Eros R. Grau, ob. cit., pp. 230-1; e Simone L. Nunes, ob. cit., p. 94.

<sup>27</sup> Nesse sentido, mas referindo-se à Constituição portuguesa, cf. Fernando Alves Correia. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 2001, pp. 13-4. Também assim no ordenamento constitucional argentino, segundo Agustín Gordillo. Este autor destaca a impossibilidade de um critério exclusivamente material, mas também não poupa críticas a um critério exclusivamente orgânico. Propõe, assim, um critério que chamou de misto (ob. cit., Tomo 1, pp. IX-3 e 8)

órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante"<sup>28</sup>.

Logo, é tranqüila a doutrina quando assenta que não há uma separação rígida de funções. Há, em verdade, uma separação formal, que justificaria um critério formal para separação de poderes, vale dizer, um critério guiado pelas características que são vinculadas pelo Direito a uma dada função<sup>29</sup>. Efetivamente, é inviável a tríplice separação *material* das funções do Estado justamente porque não se faz a tripartição de poderes "em atenção às funções consideradas de naturezas diversas, e sim por precauções governamentais de freios e contrapesos, ou por exigência do princípio da divisão de trabalho"<sup>30</sup>.

Com efeito, a definição que se segue pauta-se na diferença de valor formal de cada ato, ou seja, tem por critério o significado que o ordenamento atribui ao ato. E em atenção ao valor formal dos atos de cada função, sem pretensões de apresentar um conceito definitivo ou original, é possível distinguir três funções diferentes para cada um dos Poderes da República.

Assim, os atos do Poder Legislativo, no exercício da função legislativa, caracterizam-se por inovar inicialmente — vale dizer, a partir exclusivamente da Constituição — a ordem jurídica, sobrepondo-se às demais manifestações do Estado e submetidos a controle de constitucionalidade.

Os atos do Poder Judiciário, por sua vez, no exercício da função jurisdicional, possuem o valor próprio das sentenças, qual seja, de resolver em definitivo as controvérsias por meio da interpretação do direito.

Por fim, os atos do Poder Executivo ou da Administração Pública<sup>31</sup>, praticados no exercício da função administrativa, caracterizam-se pela instrumentalidade à realização dos

---

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 4.

<sup>29</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 35-6.

<sup>30</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 31. Diante da impossibilidade de uma tripartição material, o referido autor propôs uma divisão bipartida. Sua proposta separa função administrativa e jurisdicional. Ambas realizam o bem comum, mas a primeira objetiva realizar ou integrar a ordem social, enquanto a segunda objetiva reintegrar e preservar a ordem jurídica (ob. cit., pp. 24-5). Daí sua definição de função administrativa, que engloba o exercício de atividades legislativas e executivas: "A função administrativa se expressa através do poder político normativo de estabelecimento da regra jurídica objetiva e do poder político executivo de sua efetivação. Constituem dois momentos sucessivos e necessários, de planos verticalmente superpostos, para a realização da utilidade pública de maneira direta e imediata" (ob. cit., p. 27). Já a função jurisdicional, segundo o mesmo autor, se expressa através do poder jurídico de julgar e tem como objeto o próprio direito e realiza apenas indiretamente a utilidade pública.

<sup>31</sup> Com apoio no texto constitucional, podemos definir que o Poder Executivo é aquele exercido pelo Presidente da República com o auxílio de seus Ministros de Estado (Constituição, art. 76). Já o termo Administração, explica José Cretella Júnior, é equívoco. "Pelo critério negativista ou residual, Administração é toda atividade do Estado que não se reduz à esfera legislativa nem à esfera jurisdicional (...) Pelo critério subjetivo, formal ou orgânico, Administração é o 'complexo de órgãos' aos quais se confiam funções administrativas. Pelo critério objetivo, material ou substancial, Administração é 'a atividade concreta' do Estado dirigida à consecução das necessidades coletivas de modo direto e imediato, ou a atividade prática que o Estado desenvolve para tratar de modo imediato dos interesses públicos que lhe competem nos próprios fins"

objetivos legais, gozando, tão-só, da presunção de legitimidade e, por consequência, da possibilidade de serem imediatamente exigíveis, sendo submetidos a controle jurisdicional<sup>32</sup>.

Quanto à definição da função administrativa como atividade instrumental, cabe invocar a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Toda atividade administrativa, consoante se assinalou, é, por excelência, subordinada ao cumprimento de certos interesses. *Tem, de conseguinte, caráter tipicamente instrumental*"<sup>33</sup>. Já Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández não se limitam a assim caracterizar a atividade, mas conceituam a própria Administração como uma organização instrumental:

"La Administración es una organización instrumental, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. Entre todos los poderes del Estado, sólo ella actúa según esta técnica —con la reserva que inmediatamente haremos sobre los aparatos de sostenimiento de ciertos órganos constitucionales—. Por ello entre los actos y decisiones de la Administración, por una parte, y la Ley e las Sentencias, por otra parte, existe —y precisamente desde el punto de vista jurídico— una insalvable heterogeneidad, que se desconocería gravemente si unos e otros productos se imputasen al mismo agente"<sup>34</sup>.

Contudo, como se debaterá mais a frente, parece que — especialmente em regimes presidencialistas — caracterizar toda a Administração ou o Executivo como organização instrumental é uma tentativa de subordinar um poder ao outro. Além disso, não se deve olvidar que a atuação do Executivo não se resume exclusivamente à função administrativa. Por isso, a preferência em falar em atividade instrumental e não em órgão ou organização instrumental.

É mister registrar a certeza de que as definições propostas não são capazes de explicar e sistematizar todas as hipóteses de atuação do Estado. Algumas atividades como a promulgação e sanção de leis, a edição de medidas provisórias, a concessão de indulto, anistia

---

(*Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição, 1978, pp. 20-1). Contudo, na realidade, devemos assentar, com apoio nas lições de M. Seabra Fagundes, a inutilidade da diferenciação entre Poder Executivo e Administração Pública: "*Administração Pública* é expressão de uso freqüentíssimo na terminologia do nosso direito significando o conjunto de órgãos do Poder Executivo. É equivalente a este, e ambos equivalem à expressão *governo*, no sentido mais corrente. Pretender distingui-lo é criar sutilezas inúteis, sem nenhuma utilidade prática e sem assento sólido na doutrina" (ob. cit., p. 33, nota 20, os destaques são do original).

<sup>32</sup> V., a propósito, Oswaldo Bandeira de Mello (ob. cit., p. 23), que não adota o critério formal de distinção das funções, mas realça o valor formal dos atos jurídicos e sua força. Ainda sobre essa diferenciação, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ob. cit., pp. 33-5) explicam que as manifestações do Legislativo são do Povo que esse Parlamento representa. Já no Judiciário, há uma relação direta entre a lei e as suas decisões (*iuris dictio*). E na Administração há uma relação de subordinação à lei. Por isso, a Administração não é representante da comunidade, mas uma organização posta a seu serviço. Também por isso, só a Administração — e não o Estado — é personificada porque só ela é instrumental.

<sup>33</sup> Discricionariedade administrativa e controle judicial... cit., p. 26, o destaque não é do original. O mesmo autor, em outra oportunidade, já havia salientado que "a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter meramente instrumental". O conteúdo do regime jurídico-administrativo... cit., p. 49.

<sup>34</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 36, o destaque não é do original.

e graça, a adesão aos tratados internacionais, a declaração de guerra e estado de sítio, bem como as atividades dos tribunais de contas, entre outras, esbarrariam em dificuldades para se enquadrar em alguma das funções antes descritas. Essas atividades, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, comporiam a função política ou de governo, mas alerta o autor para a cautela de se dissociar *completamente* essa nomenclatura da impossibilidade de apreciação judicial da atividade<sup>35</sup>.

Porém, os critérios propostos neste estudo são capazes de sistematizar a maior parte da atividade ordinária do Estado. A sistematização proposta revela-se, portanto, extremamente útil porque explica o sentido ou o significado que o Direito atribui a essas atividades. Os critérios são, ademais, simples e bastantes para o propósito de nosso estudo.

A proposta também não tem a pretensão de excluir por completo uma diferenciação material de funções. Não se deve ignorar, quando menos, o valor heurístico da diferenciação material. Assim, não se pode admitir, com fundamento exclusivamente numa divisão formal de funções, que um poder deturpe sua função típica e invada o núcleo essencial de função de outro poder. Assim, explica J. J. Gomes Canotilho<sup>36</sup>, o princípio da separação de poderes não admite que, a pretexto de interpenetração entre poderes, se interfira no núcleo essencial dos limites materiais de competência. Quer-se dizer, a compreensão formal das funções do Estado apresenta limites: não se admite um transbordamento desse núcleo essencial, embora se reconheça as dificuldades inerentes à definição do que compõe esse núcleo essencial. Assim, por exemplo, há um limite para que a Legislação veicule "ato administrativo" na forma de lei, bem como há um limite para a edição de atos materialmente legislativos na função administrativa. Qual é esse limite? É aquele que a doutrina de Gomes Canotilho chama de núcleo essencial da função.

Nesse passo, cumpre esclarecer, parenteticamente, o termo função. O que é função? É o poder voltado ao atendimento de uma finalidade no interesse de outrem. Esta é a definição de Celso Antonio Bandeira de Mello: "Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais*"<sup>37</sup>. O autor citado reafirma seu entendimento em outro trecho para destacar que o poder só se justifica como meio para o atendimento do dever de satisfazer o interesse alheio: "Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não

---

<sup>35</sup> *Curso...* cit., pp. 36-7.

<sup>36</sup> *Ob. cit.*, pp. 251-2 e 551.

<sup>37</sup> *Curso...* cit., pp. 60.



teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio"<sup>38</sup>. Função, portanto, "é conceito que se opõe ao de autonomia da vontade, tal qual concebido no direito civil"<sup>39</sup>.

Atualmente, é segura a doutrina ao afirmar que o titular do poder soberano é o povo. Assim também nossa Constituição: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (art. 1º, parágrafo único). Logo, o mais apropriado é referirmos às funções e não aos Poderes, quando tratamos das atividades do Legislativo, do Judiciário e da Administração, muito embora o próprio texto constitucional consagre a expressão Poderes (Constituição, Título IV, Capítulos I, II e III). A leitura atenta do texto constitucional, porém, revela que, em verdade, o constituinte apenas ateu-se às expressões consagradas historicamente, mas efetivamente criou funções, pois os poderes não estão à disposição de quem os exerce, mas são instrumentais, isto é, são exercidos no interesses do povo para atingir finalidades públicas. Daí o uso do termo função, mais apropriado ao nosso contexto constitucional.

Em nosso estudo, pretendemos destacar as relações entre as funções legislativa e administrativa, especialmente as possibilidades e os limites da produção de atos normativos pela Administração. Então, cabe destacar algumas das distinções entre as atividades legislativas e administrativas, bem como a impossibilidade de delegação de poderes em nosso contexto constitucional.

A característica principal da atividade legislativa é ser tributária tão-somente da Constituição. Por se tratar do órgão representativo da vontade popular, suas manifestações são expressões da vontade popular (Constituição, art. 45). Não se pauta, pois, por leis anteriores, embora também deva ter em conta a correta advertência de Seabra Fagundes: "enquanto não usar de sua faculdade de alterar o direito ordinário, deve o Legislativo a ele se ater, se houver de praticar ato de natureza pessoal"<sup>40</sup>. Deve obediência tão-somente ao texto constitucional, sujeitando-se, portanto, ao princípio da constitucionalidade<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> *Idem*, p. 86. V., ainda, do mesmo autor, *Discrecionariade e controle jurisdicional...* cit., pp. 13-4. Também no sentido indicado, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 453, e Afonso R. Queiró, ob. cit., pp. 52-3. Eros Grau também se aproxima dessa definição: "Entenda-se por *função estatal* a expressão do poder estatal, enquanto preordenado às *finalidades* de interesse coletivo e objeto de um *dever jurídico* — tomada a expressão poder estatal, então, no seu aspecto material" (ob. cit., p. 237, os destaques são do original).

<sup>39</sup> Carlos Ari Sundfeld. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, 3ª tiragem, 2003, p. 63.

<sup>40</sup> Ob. cit., p. 117, nota 8. Cf., neste estudo, Parte 2, item 1.2., *infra*.

<sup>41</sup> Sobre o princípio da constitucionalidade, v. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 23ª edição 2004, p. 122, André Ramos Tavares, ob. cit., p. 442, e, ainda, Vicente

Já a atividade administrativa é tributária da legalidade, devendo respeito e cumprimento às disposições constitucionais e legais. Portanto, a manifestação da atividade legislativa, *a lei*, é superior e irresistível para a Administração. Mesmo quando a doutrina admite, excepcionalmente, a aplicação direta da Constituição pela Administração para expedir, no exercício da função administrativa, *ato administrativo*, destaca que se trata de ato plenamente vinculado<sup>42</sup>. Afinal, o Executivo assim se designa porque, em princípio, deve se limitar a executar os comandos externados pelo Legislativo.

A separação de poderes, segundo muitos autores, confere preeminência ao Legislativo e limita a atuação da Administração ao que for fixado pelo primeiro<sup>43</sup>. No entanto, não há como supor que o Legislativo é superior ou está acima da Administração, mas cabe sublinhar que a Administração, em razão de estar submetida à legalidade, deve fiel obediência aos mandamentos legais. E não é demais lembrar que as leis, para entrarem em vigor, dependem da sanção presidencial, em alguns casos, inclusive dependem da iniciativa do Chefe do Executivo (Constituição, art. 61, § 1º). Destarte, não há submissão da Administração ao Legislativo, mas submissão da Administração à lei, o que é diferente<sup>44</sup>. É o que parece revelar o seguinte trecho da obra de Marcello Caetano: "Deste modo, a importância da submissão da Administração à lei não reside já na subordinação de um poder, que por natureza seria executivo, a outro poder, esse soberano e legislativo"<sup>45</sup>. Também J. J. Gomes Canotilho<sup>46</sup> anota que a relação entre órgãos de soberania é de paridade e não de infraordenação ou subordinação.

Ainda em prol desse argumento, podemos lembrar que o Judiciário exerce atividade plenamente vinculada à lei, nem por isso se pode imaginar uma submissão do Judiciário ao Legislativo na aplicação da lei.

---

Ráo. *O direito e a vida dos direitos*. Atualizada e anotada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2004, pp. 330-2.

<sup>42</sup> Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello indica a impossibilidade de ato discricionário no exercício da função administrativa em atendimento à dispositivo constitucional quando indica as características do ato administrativo em sentido amplo, ou seja, um conceito que "Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os *regulamentos*, as instruções (e muitas resoluções) e atos convencionais, como os chamados *contratos administrativos*" (*Curso... cit.*, p. 359).

<sup>43</sup> Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *ob. cit.*, p. 441.

<sup>44</sup> Em sentido contrário, v. Luciano Leite. A partir da preeminência da lei, esse autor identifica uma preeminência do próprio Legislativo. Ele destaca a impossibilidade de situar no mesmo plano todos os órgãos (*O regulamento no direito brasileiro*. Tese de doutorado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1982, pp. 76-7). A alegada preeminência envolve certa confusão entre Legislativo e lei, entre emissor e ato emitido, respectivamente: "Evidentemente, quem produz um dado ser não se confunde nem total nem parcialmente com o ser produzido", explica, em outro contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello (última *ob. cit.*, p. 369).

<sup>45</sup> *Manual... cit.*, p. 29.

<sup>46</sup> *Ob. cit.*, p. 565.

Ainda que se proponha um cotejo acerca da importância de cada atividade para, a partir disso, tentar extrair a preeminência da atividade legislativa, a tese não lograria melhores frutos. Ora, a atividade legislativa, propulsora da atividade administrativa, não substitui, por óbvio, a atividade de consecução e aplicação das normas, tão relevante quanto a de planejamento e estipulação da ação. A norma não passaria de retórica sem a conseqüente aplicação. Sobre a questão, vale a transcrição da seguinte passagem da obra de Fábio Comparato:

"No Estado idealizado por Locke e Montesquieu, a função primeira era a legislativa; por isso o principal órgão deveria ser o Parlamento. Acontece que a lei não é uma força propulsora da ação estatal, mas um balizamento desta. A idéia de uma 'Constituição dirigente', segundo a expressão cunhada por alguns juristas, é meramente retórica. A norma pode incitar à ação, pode ter um efeito promocional, mas não substitui, obviamente, as ações humanas. De qualquer modo, como bem advertiu o próprio Montesquieu, o Parlamento, incumbido de votar as leis, não é feito para tomar 'resoluções ativas'"<sup>47</sup>.

É também não tem procedência a preeminência com fundamento na legitimidade democrática do Parlamento. Na atualidade, os governantes, nos regimes presidencialistas, tal qual os parlamentares, gozam de título próprio de legitimidade democrática, eis que alçados aos seus cargos por votação direta do soberano, o povo. Portanto, também o argumento democrático não é suficiente por si para colocar o legislador acima do administrador.

Afora o argumento democrático, cabe lembrar, como faz Marcelo Figueiredo, amparado na doutrina de Sampaio Doria, que existem dois sistemas de separação de poderes: o presidencialista e o parlamentarista. Se no sistema parlamentar não se pode deixar de reconhecer a supremacia do Parlamento sobre os demais órgãos da autoridade pública, no sistema presidencialista cabe reconhecer que o Judiciário e o Executivo são poderes como o Legislativo<sup>48</sup>.

Já não cabe, portanto, sustentar a completa preeminência do Legislativo sobre a Administração.

---

<sup>47</sup> Ob. cit., p. 673.

<sup>48</sup> Marcelo Figueiredo, ob. cit., p. 14, nota 12. A obra de Sampaio Dora, citada por Marcelo Figueiredo, é *Direito Constitucional*. São Paulo: São Paulo: Cia. Nacional, 1953, 3ª ed., pp. 268-9.

## 2.4. VEDAÇÃO À DELEGAÇÃO DE FUNÇÕES

Questão de extrema relevância, e que merece destaque próprio, é a da possibilidade de o Legislativo delegar suas atribuições à Administração. É questionar sobre a possibilidade de o Congresso Nacional, mediante ato legislativo, conferir à Administração a possibilidade de dispor, com força de lei, sobre determinada matéria.

Historicamente, a delegação de funções, embora não autorizada expressamente, foi praxis, na vigência das Constituições de 1824, de 1891, até sua proibição expressa na Constituição de 1934<sup>49</sup>. No período da Constituição de 1937 não faz sentido falar em delegação porque o Poder Legislativo era exercido com a colaboração do Presidente da República, na forma de seu art. 38. Não obstante, a autorização era expressamente autorizada no art. 12 da Constituição de 1937<sup>50</sup>. A Constituição de 1946 restabeleceu a cláusula de vedação à delegação. Também assim o fez o parágrafo único do art. 6º da Constituição de 1967, na redação da Emenda Constitucional 1, de 17.11.1969, que assim dispunha: "Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro". A cláusula de indelegabilidade, é o que importa anotar, não foi repetida pela Constituição de 1988.

Esse fato poderia levar o intérprete menos atento à conclusão de que a vigente Constituição, então, autorizou a delegação de funções porque não repetiu a disposição transcrita no parágrafo anterior. Nada mais incorreto. A indelegabilidade é implícita ao próprio reconhecimento do princípio da separação de poderes. Ora, é o texto constitucional quem estabelece as atribuições de cada órgão, logo só ao texto constitucional cumpre entregar a um determinado órgão a disposição sobre determinada matéria. Qualquer outra interpretação implicaria o erro de admitir a revogação de uma norma constitucional por uma lei ordinária. Não queremos negar que há oportunidades em que a Constituição até admite que a lei ordinária excepcione suas regras. Essa possibilidade, no entanto, depende de menção expressa no texto, o que não é o caso<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Cf. Itiberê de Oliveira Rodrigues. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: Humberto Ávila (org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 66-7, 71 e 73.

<sup>50</sup> Cf. Victor Nunes Leal. *Lei...* cit., p. 88.

<sup>51</sup> V., por exemplo, o disposto no art. 164, § 3º, da Constituição da República: "As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei" (o grifo não é do original).

Um outro argumento corrobora esse entendimento. A Constituição estabeleceu um procedimento próprio para a edição de *leis delegadas* (Constituição, art. 68 e parágrafos). A existência desse procedimento deixa claro que a regra é a da indelegabilidade. Admitir a delegação fora dessa expressa previsão constitucional, mediante procedimento mais simplificado, seria tornar inócua a disposição constitucional<sup>52</sup>, o que não configura boa hermenêutica. Não podemos admitir a existência de um procedimento próprio para a edição de leis delegadas para ao fim aceitar que a legislação infraconstitucional transferisse à Administração toda a responsabilidade sobre uma determinada matéria. Seria deixar a regra da separação sob o zelo dos próprios parlamentares por suas funções e não mais concebê-la como norma constitucional<sup>53</sup>.

Por fim, não podemos deixar de referir à vedação de delegação constante do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O dispositivo estabeleceu o prazo de cento e oitenta dias da Promulgação da Constituição ao fim do qual seriam revogadas todas as disposições legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, em especial quanto à ação normativa. Reafirma, pois, a Constituição a vedação de delegação de poderes<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 331.

<sup>53</sup> Cabe o registro, ainda que em breve nota, de que a Constituição da República admite uma espécie de delegação *interna corporis* em favor das comissões parlamentares para a votação e aprovação de projetos de leis, possibilidade sem maior relevância para o tema em discussão (Constituição, art. 58, § 2º, I). Cf. Sérgio Varella Bruna, ob. cit., p. 70.

<sup>54</sup> O prazo referido foi prorrogado, sucessivamente, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, por diversas medidas provisórias, de duvidosa constitucionalidade, até a promulgação da Lei 9.069, de 29.6.1995, cujo art. 73 prorrogou dito prazo até a promulgação da lei complementar prevista no art. 192 da Constituição da República. Cf. Eduardo Salomão Neto, ob. cit., p. 111-3. O referido dispositivo constitucional transitório coloca em pauta, ademais, uma segunda questão: a da razoabilidade da permanência de disposições de delegação de competência após tantos anos da promulgação da Constituição. Essa questão foi levantada em voto vencido em julgamento do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o Min. Marco Aurélio, em voto vencido — embora tenha recebido a adesão do Min. Carlos Britto —, assentou a inconstitucionalidade de disposições da Lei 4.595, de 31.12.1964, que estabelecem a competência do CMN para a fixação das taxas de juros bancárias: "Admita-se que o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não haja delimitado a prorrogação do prazo nele previsto — de 180 dias. Todavia, há de se dar interpretação ao texto a partir da razoabilidade. Em síntese, não se coaduna com o citado princípio a sucessividade de leis elastecendo um prazo de 180 dias de forma indeterminada. Hoje, passados mais de 16 anos da vigência da Carta de 1988, tem-se, ainda a competência do Conselho Monetário Nacional a partir de extravagante delegação, porquanto contrária aos ditames constitucionais. Há de se proclamar a supremacia da Carta da República, predicado que apanha não apenas os preceitos situados no corpo permanente, mas também no Ato das Disposições Transitórias". STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário 286.963-5/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.5.2005, DJ 20.10.2006, por maioria, trecho do *voto vencido*. Sobre o art. 25 do ADCT, cf., além da obra já citada, Geraldo Ataliba. *Delegação normativa (limites às competências do CMN e BACEN)* [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, abr.-jun., 1991, n. 98, em especial, p. 59. No trecho, o autor destaca, inclusive, que as resoluções do CMN, anteriores à Constituição da República de 1988, desde que materialmente constitucionais, foram recepcionadas, tese sufragada pelo acórdão referido, que, assim, dispensou a análise da constitucionalidade da delegação prevista na Lei 4.595, de 1964, para o julgamento do caso.

A proibição à delegação, embora tradicional em nosso direito constitucional, não é livre de críticas. Dos autores que fizeram coro contra a proibição de delegação, Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>55</sup> e Caio Tácito, destacam, entre outros, os nomes de Carlos Maximiliano, Castro Nunes, Hermes Lima, Barbosa Lima Sobrinho, Victor Nunes Leal e Afonso Arinos de Mello Franco. O último chegou a declarar o seguinte sobre o dispositivo constitucional da Constituição brasileira de 1946 que proibia a delegação de poderes: "Este artigo não tem significado econômico, este artigo não tem sequer significado jurídico. Ele não é senão a manifestação de uma condenação política, ele não é senão o protesto da consciência legislativa nacional em face das ameaças da espada e da ditadura"<sup>56</sup>. Castro Nunes, por sua vez, declarava que a proibição da delegação era desses exemplos de divórcio entre a realidade e a lei<sup>57</sup>. O parecer Victor Nunes Leal, em tom mais brando, era "de que a proibição absoluta das delegações legislativas não consulta melhor os interesses da boa condução dos negócios públicos"<sup>58</sup>. Mais a frente, Victor N. Leal assenta que a proibição absoluta favorece as forças conservadoras, especialmente no campo econômico, onde são necessárias medidas legislativas rápidas<sup>59</sup>. Preocupava ditos autores a impossibilidade de o Legislativo, diante dos complexos problemas do Estado, suprir as demandas normativas em todos os setores da vida nacional carentes de intervenção estatal. Por isso, Hermes Lima advertia que "ninguém pode governar sem funções delegadas"<sup>60</sup>.

O que talvez falte esclarecer é que a proibição da delegação de funções não inviabiliza, por completo, a atividade normativa da Administração Pública. Não obstante as considerações antes referidas quanto à proibição de delegação de poderes, não se deve crer que a proibição implique a completa vedação de qualquer atividade normativa da Administração Pública. Tal conclusão, ademais, afrontaria a própria letra da Constituição que estipula a competência privativa do Presidente da República para expedir regulamentos para a fiel execução das leis. A vedação da delegação, contudo, é capaz de restringir as normas da Administração apenas ao que for necessário à execução das leis editadas pelo Parlamento.

---

<sup>55</sup> Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: Agassiz Almeida Filho et Francisco Bilac Moreira Pinto Filho (org.). *Constitucionalismo e estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 401-3.

<sup>56</sup> *Diário do Congresso Nacional*, 24.2.1959, p. 1.296, *apud* Caio Tácito. As delegações legislativas e o poder regulamentar (1953). In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 507, e Comissão... cit., p. 1.078.

<sup>57</sup> Delegação de poderes. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jul.-set., 1951, vol. 25, p. 3.

<sup>58</sup> Delegações legislativas (1946). In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 93.

<sup>59</sup> *Idem*, pp. 98-9.

<sup>60</sup> *Diário da Assembléia*, 17.8.1946, p. 4.176, citado por Caio Tácito. As delegações... cit., p. 507.

É possível, portanto, vislumbrar certa "relativização" da regra da proibição da delegação. Embora, deixe-se claro, a atribuição de função legislativa é constitucional, logo só ao texto constitucional cabe atribuir essa função. Não se pode imaginar que o Congresso Nacional seja capaz de suprir todas as demandas por regulamentação na sociedade complexa contemporânea, assim, ao mesmo tempo em que não se prescinde da legalidade, não se imagina que todas as normas derivem exclusivamente do Parlamento: cabe certa normatividade à Administração, mas, segundo o texto constitucional, somente aquela necessária à fiel execução das leis formais. Essas questões, por certo, ainda serão abordadas com mais vagar (cf., em especial, Parte 2, item 3.3.5., *infra*).

## *2.5. O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA PELO LEGISLATIVO E PELO JUDICIÁRIO*

É importante, no entanto, compreender que essa impossibilidade de delegação não interfere no exercício da função administrativa pelos demais Poderes. Queremos destacar que a função administrativa, indubitavelmente, está presente, tanto no Legislativo quanto no Judiciário porque indispensável ao funcionamento desses órgãos, mas sempre de maneira auxiliar ou instrumental. Enquanto só ao Legislativo cabe exercer a função legislativa e só ao Judiciário cabe exercer a função jurisdicional, é perfeitamente possível a função administrativa nos três Poderes da República. Essa também é a posição de Agustín Gordillo<sup>61</sup>.

No que se refere à aquisição de material, aos contratos administrativos firmados, à contratação de servidores desses órgãos etc., não se pode imaginar que, nessas hipóteses, tanto Legislativo como Judiciário, estão exercendo função legislativa ou função jurisdicional, respectivamente. Bem por isso, a decisão de um processo administrativo disciplinar de um servidor do Judiciário não goza do valor formal do trânsito em julgado. Afinal, cuida-se de exercício da função administrativa pelo Judiciário. Logo, a decisão do processo administrativo não é sentença. Da mesma forma, é inconcebível dar valor de lei ao contrato firmado com o Legislativo: não se trata de decisão soberana inaugural do ordenamento jurídico.

Em verdade, a impossibilidade de delegação inviabiliza o exercício da função legislativa e da função jurisdicional fora do Legislativo e do Judiciário. Contudo, justamente

---

<sup>61</sup> Ob. cit., Tomo 1, pp. IX-11-13.

por ser função instrumental, a função administrativa estará presente no Legislativo e no Judiciário porque indispensável à viabilização do exercício de suas funções típicas. O exercício atípico da função administrativa, inclusive, é reconhecido pela Lei 9.784, de 29.1.1999, que prescreve, no seu art. 1º, § 1º, a aplicação de seus preceitos também ao Legislativo e ao Judiciário da União, quando no exercício de função administrativa. Assim, no exercício dessa função instrumental ou auxiliar a atividade desses Poderes não goza das características que são próprias das manifestações desses órgãos no exercício de suas funções típicas. Em síntese, a função administrativa no Legislativo, por certo, não é lei, e a função administrativa no Judiciário, também, não é sentença.

O exercício da função administrativa pelo Legislativo e pelo Judiciário, importa notar, poderá dar-se também pela edição de atos normativos nessa função. Basta o exemplo dos regimentos internos para se constatar isso. No entanto, o presente estudo cinge-se aos atos normativos da Administração Pública. Logo, os limites dessas possibilidades normativas não serão abordados de forma específica.

## ***2.6. AS AGÊNCIAS REGULADORAS SÃO EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?***

A identificação das funções do Estado por meio do valor formal atribuído às atividades exercidas apresenta também a vantagem de facilitar o enquadramento das agências reguladoras no exercício da função administrativa, além de afastar a tentativa de ver — onde não há — produção de ato jurisdicional ou legislativo por tais agências.

A origem das agências reguladoras é o direito norte-americano, onde são instrumentos do Estado na intervenção econômica e social, representando uma ruptura com a concepção de Estado mínimo. Embora, criadas já no final do século XIX — a primeira agência, criada em 1887 com o fim de regular o transporte ferroviário, foi a *Interstate Commerce Commission* —, a proliferação das modernas agências reguladoras coincide com os movimentos políticos, sociais e econômicos, notadamente a política do *New Deal*, que questionaram o liberalismo exacerbado<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Cf. Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 262-7.



Já no direito europeu, o aparecimento dessas agências está ligado a um sentido oposto ao de sua explicação no direito norte-americano, pois que justamente relacionada com a redução do Estado Social<sup>63</sup>.

No Brasil, o surgimento das agências reguladoras se insere no contexto de Reforma do Estado, as agências são, pois, parte do Plano Diretor da Reforma do Estado, como explica Caio Tácito. Segundo esse autor, o Direito Administrativo brasileiro é, historicamente, reflexo da harmonização entre o Estado e o capital privado. Assim, desde a chegada da Coroa, no início do século XIX, até os anos 1980 registrava-se uma crescente na participação estatal na atividade econômica e social, que chegou a contar, em seu ápice, com 582 pessoas jurídicas econômicas, sob a forma de autarquias, fundações e paraestatais. A ascendente participação começa a inverter-se na década de 1980, com os Programas Nacionais de Desburocratização (1979) e Desestatização (1990), a criação do Conselho Nacional de Privatização (1985), sucedido pelo de Desestatização (1985). O fenômeno foi explicado por Caio Tácito com a figura do "retorno do pêndulo": antes ele favorecia o domínio público sobre a economia agora reverte em favor da iniciativa privada. Concebe-se que o Estado deve ser elemento condutor do progresso, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo na oferta de serviços à comunidade. Assim, o Direito Público passa a refletir duas vertentes: a política de privatização e a de burocratização<sup>64</sup>.

A proposta da Reforma reside na substituição do Estado empresário pelo Estado regulador. Assim, se era necessário, por um lado, vender as empresas estatais, por outro lado, era preciso garantir ao investidor estrangeiro um ambiente regulatório estável, imune à ingerência político-partidária. Daí a opção pelo modelo de agência reguladora. Assim compreendida, a origem das agências reguladoras passaria longe, portanto, dos valores constitucionais: assegurar a tranquilidade do investidor estrangeiro<sup>65</sup>. A função das agências é tentar manter um equilíbrio entre a política de privatização e a preservação do interesse público. De forma um tanto paradoxal, a intenção é privatizar a prestação do serviço e

---

<sup>63</sup> *Idem*, pp. 243-4.

<sup>64</sup> Caio Tácito. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.-dez., 1995, vol. 202, 1995, pp. 1-10, e Agências reguladoras da administração. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jul.-set., 2000, vol. 221, pp. 1-3.

<sup>65</sup> Sobre a questão, cf. Gustavo Binenbojm, *ob. cit.*, pp. 248-9 e 268-9. V., ainda, Paulo Todescan Lessa Mattos. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. *In*: Calixto Salomão Filho (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 190-1, Elival da Silva Ramos. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. *In*: Carlos Ari Sundfeld et Guillermo Andrés Muñoz (coord.). *As leis de processo administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 77, e Carlos Ari Sundfeld. Introdução às agências reguladoras. *In*: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2002, p. 24.

estatizar a supervisão sobre o exercício regular da atividade<sup>66</sup>. Essa estatização da supervisão sem a prestação de serviços diretamente pelo Estado explica o crescimento do número de regras para regulamentação, especialmente nos setores de grande interesse público. Ora, se já não é o próprio Estado quem presta o serviço, justifica que exerça algum tipo de controle.

Não obstante essa origem ligada à privatização, as agências reguladoras já não se limitam ao campo dos serviços privatizados. O modelo de agência reguladora já inspirou a criação de agências no setor de saúde, mercado mobiliário, transportes etc.<sup>67</sup>. Isso se explica porque a regulação não envolve apenas tais setores ou sequer se restringe à ordem econômica. Na realidade, como bem percebe Alexandre Santos de Aragão, toda atividade privada é de alguma forma regulada, mas o termo regulação refere-se a uma regulamentação específica, setorial e funcionalizada<sup>68</sup>. Assim, a regulação especializada e funcional também pode envolver a ordem social e econômica, basta que haja interesse coletivo na promoção da regulação. "Nesse sentido, a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público"<sup>69</sup>.

A dificuldade no tocante às agências refere-se à sua independência ou autonomia. O argumento em prol dessa autonomia apóia-se na suposta neutralidade política, pois as decisões provenientes dessas agências seriam predominantemente técnicas. A necessidade de uma decisão apoiada e justificada em critérios notoriamente técnico-científicos, portanto, seria determinante e justificaria o fato de as agências reguladoras ficarem livres da ingerência da Administração Pública central, especialmente de interferências político-partidárias.

Esse argumento deve ser recebido com bastante cautela e não se deve vislumbrar nas agências reguladoras o surgimento de um quarto poder, o poder regulador. A independência de ditas agências é relativa. Segundo alguns autores, a afirmação da independência é retórica e exagerada, no campo jurídico melhor seria falar em autonomia. É que alguma relação com a chefia do Executivo deve subsistir por força dos poderes de direção geral da Administração do Presidente da República e seus ministros, na forma do arts. 84, II, e 87, parágrafo único, da

---

<sup>66</sup> Cf. Caio Tácito, última ob. cit., p. 5.

<sup>67</sup> Cf. Carlos Ari Sunfeld. Introdução... cit., pp. 19-22.

<sup>68</sup> Alexandre Santos de Aragão. Atividades privadas regulamentadas. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 221.

<sup>69</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2ª edição, 2004, p. 22, e Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: Juarez Freitas (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 252.

Constituição da República<sup>70</sup>. A justificativa da autonomia baseada em critérios técnicos não é capaz de, por si só, fundamentar a autonomia das agências reguladoras diante de nosso texto constitucional. Não são, portanto, autoridades independentes.

Há ainda outra dificuldade para a plena autonomia das agências: a inexistência de previsão constitucional para a criação de agências reguladoras. Somente depois de instituídas as agências, o poder de reformador da Constituição cuidou de introduzir alguns dispositivos nesse sentido. Na expressão de Tércio Sampaio Júnior, elas, então, surgem "na esteira de uma fundamentação constitucional não muito consciente"<sup>71</sup>. Assim, ganharam previsão constitucional a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL – Constituição, art. 21, XI) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP – Constituição, art. 177, § 2º, III). Não se deve deixar de referir, ainda, a outros órgãos referidos pela Constituição, como o Banco Central do Brasil (Constituição, arts. 52, III, *d*; 84, XIV; 164, caput, e §§). Havia também a previsão para o órgão oficial fiscalizador de seguros (Constituição, art. 192, II, na redação da Emenda Constitucional 13, de 1996, hoje revogado pela Emenda Constitucional 40, de 29.5.2003). Isso sem falar no Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cujo assento constitucional poderia ser buscado nos arts. 5º, XXXII, 170, V, e 173, § 4º, da Constituição.

Não há, contudo, no texto constitucional autorização expressa para a criação de outras agências. Assim, parte da doutrina tem procurado ver no art. 174 da Constituição da República — previsão do Estado como "agente normativo e regulador da atividade econômica" — uma cláusula geral que poderia sustentar a constitucionalidade dessas agências. Assim, já se tem admitido a criação de agências sem assento constitucional específico<sup>72</sup>.

Convém anotar que a autonomia não é estranha ao Estado de Direito e à separação de poderes. Também o mandato ou, até mesmo, a não-indicação de seus dirigentes pelo chefe do Executivo não são necessariamente incompatíveis com o Estado de Direito. Basta lembrar os exemplos da autonomia universitária, das corporações profissionais (Ordem dos advogados

---

<sup>70</sup> Cf. Carlos Ari Sundfeld. Introdução... cit., pp. 23-5. Também em outros ordenamentos a independência é tão-só relativa. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ob. cit., pp. 435-6) explicam que também na Espanha, as chamadas autoridades independentes não possuem uma independência total. Assim, não há independência em sentido próprio ou mesmo ruptura com a Administração central; há apenas um reforço da autonomia de gestão. A exceção, no caso espanhol, fica por conta do Banco de España, cuja autonomia tem fundamento no Tratado da União Européia.

<sup>71</sup> O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, p. 273.

<sup>72</sup> Sobre a questão, cf. Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 252-61. Há autores, inclusive, que não restringem o termo agência aos órgãos da Administração dotados de independência funcional. É o que faz, por exemplo, Sérgio Varella Bruna, quando assenta a idéia de agência na função de zelar pelo interesse coletivo e, assim, amplia o sentido do termo para abrigar qualquer agente público (ob. cit., pp. 44-9 e nota 51).

do Brasil, Conselho Federal de Medicina, por exemplo), dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, outras autarquias etc.<sup>73</sup>. O fundamental é procurar encontrar o adequado assento constitucional dessas hipóteses.

Contudo, parte da doutrina vislumbra, não sem razão, dificuldades no ajuste desse modelo regulatório ao nosso modelo constitucional de separação de poderes porque essas agências reguladoras exercerem funções que, materialmente, são assemelhadas às exercidas pelo Judiciário e pelo Legislativo. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto sustenta que essas agências não se ajustam à clássica tripartição de Poderes. Assegura que esses órgãos, no desempenho da atividade regulatória, "têm de exercitar atividades constitucionalmente reservadas a cada um dos Poderes"<sup>74</sup>.

Realmente, a atividade de regulação envolve a decisão de conflitos e a normatização, ou regulamentação, do setor regulado. Essas são atividades materialmente assemelhadas àquelas desenvolvidas no exercício da função legislativa e jurisdicional. Essa dificuldade em enquadrar as agências reguladoras no modelo de tripartição de poderes decorre do apego aos critérios materiais para definição de funções do Estado. E essa dificuldade ocorrerá não só nas agências, mas também em outras atividades que materialmente se assemelham à legislação e à jurisdição, como a expedição de regulamentos e a resolução de processos disciplinares.

No entanto, essas atividades estão longe de possuir o valor formal conferido constitucionalmente às funções legislativa e jurisdicional. Vale dizer, a decisão do conflito pela autarquia em regime especial não é sentença e a sua normatização não é lei em sentido técnico-jurídico (o que não deve levar à conclusão de que tais atos são necessariamente atos administrativos em sentido estrito. Cf., neste estudo, Parte 2, item 2.3., *infra*).

Nesse sentido, cabe a referência à doutrina de Agustín Gordillo, quando analisa as autoridades independentes, no sistema constitucional argentino, assemelhadas às nossas agências reguladoras. Ainda que sem se fundar numa separação formal das funções do Estado, mas num critério que chama de misto, Gordillo não vislumbra possibilidade de exercício da função legislativa fora do Parlamento, bem como da função jurisdicional fora do Judiciário. Bem por isso, sustenta, sobre as funções de tais autoridades independentes, que: "Su función no es dictar normas generales con fuerza de ley ni resolver contiendas con autoridad de cosa

---

<sup>73</sup> Cf. Geraldo Ataliba. Poder regulamentar. Delegação de poderes. Previdência dos congressistas. Jurisdição administrativa [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, abr.-jun., 1970, n. 12, p. 85.

<sup>74</sup> *Regulação...* cit., p. 204, e, do mesmo autor, A nova regulação estatal e as agências reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2002, p. 92.

juzgada, por lo tanto no legislan ni juzgan: administran, pero en forma independiente de los otros poderes del Estado"<sup>75</sup>.

Cabe anotar que o autor argentino referido é um entusiasta das autoridades administrativas independentes, assim, longe de ver nessas agências uma ruptura da separação de poderes, assegura que quanto maior a divisão no exercício do poder, melhor. Sustenta, ainda, que "los excesos no han venido nunca de manos del poder judicial o legislativo, sino siempre del ejecutivo; por ello es a éste que se trata de quitar poder y transferirlo a autoridades independientes de su control"<sup>76</sup>.

As considerações de Marcelo Figueiredo também indicam a impossibilidade de se ver sentença e lei nas atividades de regulação. Reconhece, assim, que o poder regulamentar atribuído às antigas autarquias não é muito diferente do que hoje se faz a pretexto de "poder regulador". Invoca, assim, textos de Francisco Clementino de San Tiago Dantas e Francisco Campos, que já em meados do século passado, insistiam na expansão da atividade regulamentar. Segundo o autor, os argumentos hoje apresentados são os mesmos de outrora, apenas "um pouco mais envernizados"<sup>77</sup>. Mais a frente, destaca que não vê qualquer novidade no termo regulação, pois o Estado sempre foi regulador. Trata-se, na verdade, de um novo paradigma de intervenção do Estado na economia que reflete a perda de importância do setor empresarial do Estado<sup>78</sup>. Daí sua conclusão de que a atuação das agências reguladoras é "um poder administrativo (função administrativa)"<sup>79</sup>. Também essa é a compreensão de Egon B. Moreira: "Trata-se de uma autoridade administrativa, que, por isso mesmo, só pode ser investida de funções administrativas"<sup>80</sup>.

A lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro confirma a correção desse entendimento. A professora explica que a atividade regulatória abrange basicamente os conceitos, já bem conhecidos de Direito Administrativo, de fomento, de intervenção no domínio econômico e, em especial, de polícia. Suas colocações evidenciam que não há qualquer exceção à separação de poderes na capacidade de as agências possuírem competências normativas, de fiscalização e aplicação de sanções, porque assim também faz a Administração quando exerce seu poder de polícia. Assim, explica a autora, podem ter se alterado as terminologias para ajustá-las aos tempos de globalização, as atuações são mais intensas, mas os pressupostos dela ainda são os

---

<sup>75</sup> Ob. cit., Tomo 1, p. IX-33.

<sup>76</sup> *Idem*, p. IX-3.

<sup>77</sup> Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 191-5.

<sup>78</sup> *Idem*, pp. 196-202.

<sup>79</sup> *Idem*, pp. 273, 256 e 264, o destaque é do original.

<sup>80</sup> Egon Bockman Moreira. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 178.

mesmos. A peculiaridade fica pela centralização dessas funções em órgãos especializados. Muito embora reconheça a possibilidade dos entes reguladores produzirem um novo tipo de direito, mas "em nível hierárquico inferior às normas estatais"<sup>81</sup>.

É o apego aos valores formais das atividades desempenhadas que evita conferir valor de legislação e de jurisdição às atividades desempenhadas pelos órgãos da Administração, seja ou não uma agência reguladora. E evita, assim, ver uma quebra ou inutilidade na noção de separação de poderes.

Portanto, as agências reguladoras não se colocam como exceção ao princípio da separação de poderes, desde que se tenha uma compreensão formal desse princípio, isto é, desde que não se vincule materialmente nenhuma atividade específica à determinada função. Assim compreendido, o exercício da função administrativa se revela como atividade instrumental à realização de objetivos fixados legalmente e que goza, apenas, de presunção de legitimidade. As atividades exercidas pelas agências são, portanto, atos no exercício de função administrativa, embora materialmente assemelhadas àquelas desempenhadas no exercício de função jurisdicional ou legislativa.

Compreendida a função das agências reguladoras como parte da função administrativa, é possível extrair outra conclusão que mais de perto interessa ao nosso estudo. Ora, se é parte da função administrativa, o poder normativo das agências não difere substancialmente do poder normativo usualmente exercido pela Administração Pública. Logo, as exigências de legalidade que incidem sobre as agências não diferem daquelas que incidem sobre o exercício da função administrativa. Como destaca com acerto Marcelo Figueiredo, "a delegação normativa às agências não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior que a exercida por qualquer órgão administrativo ou entidade da Administração indireta"<sup>82</sup>. Também na compreensão de Maria Sylvania Z. Di Pietro: "A atividade de regulação equivale, fundamentalmente, ao poder de polícia"<sup>83</sup>. Não constituem, portanto, nova forma de exercício de função administrativa e não exigem nova compreensão da legalidade.

Logo, as agências reguladoras são órgãos da Administração indireta. Em verdade, não são mais que autarquias em regime especial: especial porque se confere mandato em favor de seus dirigentes<sup>84</sup>, o que atribui relativa autonomia às agências.

---

<sup>81</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Limites... cit.*, pp. 26-9, e *Omissões... cit.*, pp. 250-3.

<sup>82</sup> *Ob. cit.*, p. 269.

<sup>83</sup> *Omissões... cit.*, p. 252.

<sup>84</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso... cit.*, pp. 154 e 159, e Caio Tácito. *As agências... cit.*, pp. 3-5.

Ainda assim, segundo parte da doutrina, o mandato dos dirigentes dessas agências deveria se ajustar ao período governamental e garantir a estabilidade apenas no período governamental em que os dirigentes foram nomeados, ou seja, deveria ser inviável mandato de dirigente de agência reguladora superior a um mesmo período governamental<sup>85</sup>. A propósito, as Súmulas 25 e 47 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, dispõem que: "A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia" e "Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura". Não obstante, o enunciados dessas súmulas, é mister anotar que o Supremo afastou-se, em decisão cautelar, desse entendimento<sup>86</sup>. A Corte admitiu, então, a constitucionalidade de dispositivo de lei estadual mediante o qual se restringiu a possibilidade de demissão de dirigente de agência reguladora por Governador de Estado. Por se tratar de decisão cautelar e por maioria não convém imaginar que estão superadas as súmulas referidas, embora seja bastante revelador da tendência do tribunal, especialmente por se tratar de decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Outra questão complexa — e que pretendemos enfrentar em tópicos próprios (cf., neste estudo, Parte 2, itens 3.1.1. e 3.2., *infra*) — refere-se à forma de conciliar a atividade normativa de regulação das agências com a atribuição privativa do Presidente da República para expedir regulamentos (Constituição, art. 84, IV).

## 2.7. CONSEQÜÊNCIAS DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Podemos, então, traçar algumas conclusões mais relevantes do acolhimento pelo nosso ordenamento constitucional do princípio da separação de poderes, em especial na relação entre Legislativo e Administração.

Visto que a separação não significa um isolamento completo de funções e que não há uma relação de perfeita sintonia entre a função *material* e o órgão que nominalmente deveria exercê-la, impõe-se o critério formal para distinguir a função administrativa da função legislativa, sem desprezo, contudo, pelo critério material. Desse modo, a função administrativa se caracteriza por ser uma atividade subordinada à lei, instrumental a

---

<sup>85</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 160. Também nesse sentido, v. Marcelo Figueiredo, ob. cit., p. 215, nota 18.

<sup>86</sup> STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade (medida cautelar) 1.949-0/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.11.1999, DJ 25.11.2005, por maioria. Cf., a propósito, Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 43-4.

realização dos interesses da coletividade, dotada de presunção de legitimidade. Já a função legislativa é atividade infraconstitucional, que não se pauta em leis anteriores e pode inovar, originariamente, no ordenamento jurídico, respeitado o texto da Constituição. É mister compreender, enfim, que do fato de a Administração ser subordinada à lei, isso não implica uma subordinação ao Legislativo.

Feita a distinção, verifica-se que uma consequência direta do acolhimento do princípio da separação de poderes é a impossibilidade de delegação da função legislativa à Administração, exceto na hipótese constitucionalmente prevista para a edição de leis delegadas. Isso não significa, contudo, que esteja impossibilitada qualquer função normativa da Administração Pública.



### **3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1. ESTADO DE DIREITO: LEGALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES**

O Estado-Polícia caracteriza-se pelo fato de que o príncipe não se encontra vinculado a qualquer regra jurídica, configurando um poder ilimitado<sup>1</sup>. Segundo Otto Mayer, "O príncipe, no Estado-Polícia, tinha o direito de realizar sempre novos fins que êle próprio delimitava"<sup>2</sup>. Daí que a essência desse Estado-Polícia seria a discricionariedade<sup>3</sup>; haveria, então, nesse período histórico, sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade<sup>4</sup>. Essa ampla liberdade de atuação, contudo, deixa de existir com a consagração do Estado de Direito, no qual toda a atuação do Estado deverá estar pautada em regras jurídicas. Assim, as normas jurídicas deverão formar os limites e os pressupostos da atuação do Estado.

Essa idéia de Estado segundo as regras de direito se complementa necessariamente com a idéia de divisão de poderes que acabamos de analisar. A atuação segundo regras só ganha relevo quando há divisão das funções do Estado. Assim, legalidade e separação de poderes são princípios complementares do Estado de Direito, idéia cujo assento teórico encontramos nas obras de Montesquieu e Rousseau, como explica Afonso Queiró ao afirmar que o "Estado de Direito é forçosamente, é MONTESQUIEU e ROUSSEAU, talvez mais ROUSSEAU que MONTESQUIEU"<sup>5</sup>. Com efeito, só há sentido na idéia de superioridade da lei caso haja uma separação orgânica das funções do Estado, em que a manifestação superior do Legislativo imponha-se à Administração.

Os princípios ora em estudo, então, não se excluem, ao revés, são complementares à noção de Estado de Direito. Não há, pois, nenhuma forma de concorrência, mas de

---

<sup>1</sup> Carlos Ari Sundfeld. *Direito...* cit., p. 9.

<sup>2</sup> *Le Droit Administratif Allemand*, 1903, p. 31 *apud* Afonso R. Queiró. A teoria... cit. [1ª parte], p. 42.

<sup>3</sup> Cf. Afonso R. Queiró, ob. cit., p. 43, que parece discordar dessa tese, mas indica vários autores nesse sentido.

<sup>4</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: Marcelo Figueiredo et Valmir Pontes Filho (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 481, e Gustavo Binembojm, ob. cit., p. 193.

<sup>5</sup> Última ob. cit., p. 47. A doutrina, no entanto, também faz distinções claras entre o pensamento de Montesquieu e Rousseau. É que o primeiro pretendeu repartir o poder político entre vários estratos sociais, enquanto nas concepções do segundo, a soberania tem um só titular, a nação. Cf. Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 119-21.

complementariedade entre legalidade e separação de poderes. Bem por isso, a legalidade exige um Legislativo independente, que não reduza sua atividade a legitimar formalmente as propostas do Executivo. Não é possível falar em segurança jurídica se o Legislativo não passa de uma extensão do Executivo<sup>6</sup>. Nesse caso, não há legalidade capaz de se firmar como garantia em sentido jurídico-político<sup>7</sup>.

Cientes dessa complementariedade, é preciso alinhar os argumentos necessários à compreensão da legalidade. Nas considerações que seguem, serão destacadas as conseqüências da subordinação da Administração ao princípio em pauta. Antes, analisaremos as duas faces do princípio da legalidade: (a) em relação ao administrado; e (b) em relação à Administração. Primeiro, a perspectiva do administrado.

### 3.2. A LEGALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO ADMINISTRADO

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, como direito fundamental, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão *em virtude de lei*" (art. 5º, II, destacamos)<sup>8</sup>. Consagra-se, assim, o princípio da

---

<sup>6</sup> Essa é a hipótese que verificamos quando o Congresso se limita a apreciar as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República. Sobre a questão, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso... cit.*, p. 93, nota 10) lembra que o Governo Fernando Henrique Cardoso, do início de seu mandato até agosto de 1999, expediu quase três medidas provisórias por dia útil, período no qual o Congresso foi responsável por pouco mais de um quarto das "leis" promulgadas. Dalmo de Abreu Dallari lembra que o Governo procurou dificultar a indicação exata do abuso que cometia e, assim, para disfarçar, usou uma técnica de numeração confusa. Ainda assim, o prof. Dallari estima que foram editadas, em treze anos, cerca de dez mil medidas provisórias (Estado de direito e direitos fundamentais. *In*: Marcelo Figueiredo et Valmir Pontes Filho (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 231). Para se ter uma idéia do assombro desse número, basta lembrar que o Presidente Getúlio Vargas, durante o Estado Novo, em pleno regime ditatorial editou 8.964 decretos-leis; já durante o regime militar instaurado em 1964, entre outubro de 1965 a março de 1985, foram editados "apenas" 2.272 decretos-leis (cf. Itiberê de Oliveira Rodrigues, *ob. cit.*, p. 78). É necessário registrar, ainda, que a Emenda Constitucional 32, de 11.12.2001, embora tenha reduzido muito, não foi capaz de coibir a sanha legislativa do Executivo, limitando-a aos seus pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Desde sua promulgação até 11.12.2006, foram editadas trezentas e trinta e duas medidas provisórias, dessas, vinte e três foram rejeitadas pelo Congresso Nacional, dez perderam a eficácia pelo decurso do prazo constitucional e outras doze ainda estavam em tramitação, aguardando a apreciação do Congresso Nacional, as restantes foram convertidas (conforme dados obtidos a partir do sítio da Presidência da República: <<http://www.planalto.gov.br>>). Cf., a propósito, as considerações postas neste estudo na Parte 1, item 3.6., *infra*, quando se evidencia que, além do abuso de medidas provisórias, o Executivo controla a pauta de votações do Congresso Nacional.

<sup>7</sup> Cf. Simone L. Nunes, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>8</sup> O Prof. Fábio Comparato, ao comentar a obra de Rousseau, explica a origem da cláusula constitucional referida, relacionando-a com o fim do feudalismo e, por conseqüência, da cobrança das corvéias: "As corvéias eram serviços materiais gratuitos, que os servos eram obrigados a prestar aos senhores em cujas terras viviam, na Europa feudal. A Revolução de 1789 aboliu, com o feudalismo, todas as imposições de

legalidade, que determina que somente com fundamento em lei formal, editada segundo as regras do processo legislativo, é que se pode validamente impor obrigação ou conceder direito ao indivíduo. Embora o dispositivo constitucional use a expressão "será obrigado", também os direitos precisam estar contemplados na lei. É que qualquer direito reconhecido envolverá, ao menos, a obrigação de todos de respeitar o direito assegurado<sup>9</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, externando um justificável receio do caráter autoritário da Administração Pública, adverte que no dispositivo constitucional está escrito "em virtude de lei", e não em virtude de decreto, regulamento, resolução ou portaria<sup>10</sup>. Essa correta advertência não significa, entretanto, que esses atos, em hipótese alguma, poderão impor qualquer obrigação ou deferir direito ao administrado. Vale dizer: o princípio da legalidade não implica que o administrado não seja obrigado ou não lhe seja deferido direito algum por atos da Administração porque estes não são leis formais. Basta lembrar que a executoriedade e a exigibilidade são atributos do ato administrativo discricionário para verificar que não se deve obediência somente ao que decorre *diretamente e exclusivamente* do texto da lei. O princípio determina, tão-só, que esses atos da Administração serão válidos quando amparados na lei formal. São válidos enquanto são atos de *execução* da lei, ou são válidos porque encontram seu fundamento na lei. Ao revés, é inválido — e, portanto, não é capaz de obrigar a nada — o ato da Administração que, originariamente, ou seja, sem respaldo em lei anterior, tente impor obrigação ou deferir direito. Nesse sentido, é a proposta de Eros Grau ao assentar a inexistência de ofensa ao princípio da legalidade de imposição ao administrado veiculada em regulamento para fazer ou deixar de fazer algo, "desde que isso decorre, isto é, venha, em virtude de lei"<sup>11</sup>.

O princípio da legalidade garante, portanto, ao administrado que, antes de qualquer obrigação que lhe seja imposta pela Administração, primeiro virá a disciplina da lei. Trata-se de um pressuposto de segurança jurídica, uma vez que não haverá ato da Administração sem amparo em processo legislativo<sup>12</sup>. Nesse contexto, fica simples compreender porque o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello concebia que a ação legislativa e a ação administrativa

---

prestações pecuniárias ou de serviços, não determinados por lei. Daí a norma, constantemente repetida nas Constituições, de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º – II)" (*Ética...* cit., p. 239, nota 34). Em nossa história constitucional, só a Constituição de 1937 não contava com cláusula constitucional semelhante à do art. 5º, II, da Constituição vigente (cf. Itiberê de Oliveira Rodrigues, ob. cit., p. 78), ainda assim era considerada implícita ao regime de legalidade (cf. Victor Nunes Leal. *Lei...* cit., p. 61).

<sup>9</sup> Nesse sentido, André Ramos Tavares, ob. cit., p. 445.

<sup>10</sup> *Curso...* cit., p. 91.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 247.

<sup>12</sup> Como já anotamos anteriormente, segundo a doutrina, o ato administrativo que, excepcionalmente, aplica diretamente a Constituição é ato plenamente vinculado.

(ou executiva) eram duas expressões da mesma faculdade do Estado. Segundo sua proposta, eram dois momentos sucessivos de uma mesma função: a programação e a execução da ação<sup>13</sup>.

A lei, entretanto, não é capaz de ditar todos os delineamentos e minúcias dos direitos e obrigações que serão vigentes na complexa sociedade contemporânea. Seria exigir o impossível querer um legislador capaz de ditar todas as regras vigentes na sociedade. Por isso, muitas vezes, a lei trará um delineamento estrutural da matéria sem, no entanto, ditar as contingências da matéria, para usar o léxico de Eros Grau. É nesse espaço que atuam a discricionariedade administrativa e, por consequência, o regulamento. A lei, portanto, poderá autorizar ao administrador a apreciação das circunstâncias — que certamente envolvem juízos de conveniência e oportunidade política — para ditar a melhor regra para regular o caso, ou até mesmo, autorizará ao regulamento que dite, de forma geral e abstrata, a melhor forma de aplicação da lei. Essa atividade, contudo, não se traduzirá em ilegalidade ou exceção ao princípio da legalidade. É que ela sempre estará voltada ao cumprimento das finalidades públicas previstas na lei, sob pena de invalidade.

A Constituição, com efeito, em algumas hipóteses, estabelece uma completa e absoluta reserva em favor da lei. São hipóteses nas quais não admite que a legislação autorize qualquer juízo da Administração, sequer admite ato normativo da Administração que pretenda complementar o sentido da lei, eis que até os pormenores deverão estar previstos em lei. São os casos de *reserva absoluta da lei* ou de exigência de densificação total da previsão legislativa, isto é, casos em que toda a disciplina será prevista em lei. São exemplos de reserva absoluta de lei as garantias constitucionais da exigência de tipicidade penal e tributária<sup>14</sup>. Assim também nas hipóteses em que a Constituição afasta a possibilidade de regulação da matéria pela via da medida provisória, que é ato normativo cujos efeitos são equiparados aos da lei<sup>15</sup>, bem como também não admite lei delegada<sup>16</sup>. Nesses casos, o

---

<sup>13</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 24.

<sup>14</sup> Essas garantias estão previstas nos seguintes dispositivos constitucionais: "Art. 5º, XXXIX — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (...) Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

<sup>15</sup> Sobre as medidas provisórias entendemos conveniente a transcrição dos seguintes dispositivos constitucionais: "Art. 62 (...) § 1º - É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: (...) b) direito penal, processual penal e processual civil; (...) d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (...) § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada".

<sup>16</sup> Constituição da República. Art. 68: "1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal,

legislador constituinte explicitou que será inconstitucional qualquer tentativa do legislador ordinário de autorizar à Administração ato normativo que procure complementar o sentido da norma: todas as disposições pertinentes deverão estar previamente previstas na lei. Gomes Canotilho explica que, a rigor, nenhuma reserva é deste tipo, isso porque em todos os casos estão autorizadas uma intervenção maior ou menor do órgão judicial ou da Administração. Não obstante, como se pode extrair das considerações do citado autor português, há uma clara diferença entre as exigências de legalidade nas hipóteses de densidade total porque a Constituição restringe de forma radical a intervenção normativa de outras entidades. Daí existirem na Constituição portuguesa três tipos de reservas: a total, a comum, e a de bases gerais<sup>17</sup>.

Cabe alertar para o fato de que, por força do *caput* do art. 48 da nossa Constituição, o Congresso Nacional pode dispor sobre todas as matérias de competência da União. O que implica dizer que não há, em nosso ordenamento constitucional, um espaço reservado à regulamentação pela Administração por meio da edição de regulamentos, como ocorre no exemplo da Constituição francesa de 1958. Os regulamentos, então, servem à alguma forma de execução da lei, e não para dispor originariamente. Bem por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que "é grotesca a invocação da 'reserva legal' em nosso Direito, no qual o art. 48 dispõe caber ao Congresso Nacional dispor sobre 'todas as matérias de competência da União'"<sup>18</sup>. É que existe uma reserva legal geral em favor do Congresso: todas as matérias são reservadas à lei.

Também não devem ser olvidadas as hipóteses em que a própria Constituição determina que o legislador entregue certa discricionariedade à Administração. Afirma, assim, que o melhor é deixar à Administração certa margem de atuação, como no caso das alíquotas de certos impostos que indica<sup>19</sup>.

Segundo Eros Grau, são as estipulações de reserva absoluta ou máxima densificação em favor da lei formal que, justamente, fundamentam a interpretação no sentido de que a cláusula "em virtude de lei", constante do art. 5º, II, da Constituição da República, estabelece

---

a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos".

<sup>17</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 728-30.

<sup>18</sup> *Curso...* cit. p. 775, nota 13.

<sup>19</sup> A Constituição dispõe que: "Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I — importação de produtos estrangeiros; II — exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; (...), IV — produtos industrializados; V — operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (...) § 1º. É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V".

uma reserva relativa. Eros Grau conclui, assim, que: "Não tivesse o art. 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos, e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas"<sup>20</sup>.

Também Gustavo Binenbojm acolhe as distinções entre reserva absoluta e relativa de lei. Esclarece, ainda, que a Constituição estabelece certas reservas *qualificadas* de lei no bojo da teoria dos direitos fundamentais. Com tal designação pretende indicar as hipóteses nas quais a Constituição não só exige a intervenção legislativa para a restrição de um direito fundamental, mas lhe determina a finalidade a ser perseguida pelo legislador ao exercer sua competência. Basta o exemplo do sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII): admite-se a restrição ao direito de sigilo, por ordem judicial, na forma prevista em lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal<sup>21</sup>.

Podemos, então, assentar que o princípio da legalidade, enquanto garantia do administrado, assegura-lhe que qualquer obrigação imposta e qualquer direito reconhecido por atos da Administração deverão ser precedidos das disposições legais pertinentes, sob pena de invalidade desses atos. Mas essa garantia não assegura que todo direito e toda obrigação decorre *exclusivamente* dos termos do texto da lei formal, eis que o quadro normativo-legal poderá ser integrado por ato da Administração nas hipóteses em que não há exigência constitucional de densificação total da previsão legal. Mas cabe anotar que essas hipóteses só obrigam porque decorrem da lei, porque são alguma forma de execução da lei formal. Essas primeiras colocações, por óbvio, merecem maiores achegas e, por isso, serão retomadas no curso do estudo. Agora, é mister dissertar sobre a outra face correlata da legalidade: a legalidade como exigência e pressuposto de validade da atuação da Administração.

### 3.3. A LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Já é lugar comum afirmar que ao particular a legalidade significa a faculdade de fazer tudo o que não está proibido pelas leis, e que para a Administração a legalidade significa algo mais: a simples não-proibição de uma determinada conduta não lhe autoriza o desempenho. Sua atuação exige sempre expressa autorização legal. Só lhe é dado atuar quando expressamente autorizada em comando legal. É a consagração mais ampla do Estado

---

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 247. V., também nesse sentido, a tese de Sérgio Varella Bruna, ob. cit., pp. 113 e segs.

<sup>21</sup> Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 149-52.

de Direito, pois toda atuação estatal dependerá de autorização legal. A legalidade deve, pois, para a Administração, ser compreendida como estrita legalidade.

Essa já tradicional forma de compreender a legalidade, como explica Itiberê de Oliveira Rodrigues, deve-se, em nossa doutrina, provavelmente, aos estudos de João Barbalho e sua análise da primeira Constituição republicana. Segundo o texto da Constituição de 1891 (art. 72, § 1º), "ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

"Foi provavelmente por vez primeira João Barbalho quem, ao interpretar esse dispositivo constitucional [art. 72, § 1º, da Constituição de 1891], estabeleceu como que de modo definitivo no direito público brasileiro os efeitos do princípio da reserva legal geral não somente em relação aos indivíduos, mas, também, em relação à Administração Pública. Assim, na pena desse autor: 'ao indivíduo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem proibido, e não pôde elle ser obrigado sinão ao que ella lhe impõe. Com a autoridade, porém com funcionarios publicos, dá-se justamente o contrário, só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autoriza' (JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal brasileira*, p. 189). Essa interpretação dialética do princípio da reserva legal geral vem ainda hoje, com ou sem citação de sua fonte original, repetida pela quase unanimidade dos autores pátrios quando da conceituação do princípio da legalidade"<sup>22</sup>.

No Estado de Direito, conforme a concepção de legalidade antes exposta, portanto, sequer a competência discricionária da Administração significa liberdade de atuação ou possibilidade de prescindir de autorização legislativa. Qualquer comportamento administrativo sem base legal configura arbítrio intolerável<sup>23</sup>. Na expressão de Carlos Ari Sundfeld:

"A ligação da Administração Pública com a lei é, portanto, extensa e inafastável, podendo ser resumida como segue: a) seus atos não podem contrariar, implícita ou explicitamente, a letra, o espírito ou a finalidade da lei; b) a Administração não pode agir quando a lei não autorize expressamente, pelo que nada pode exigir ou vedar aos particulares que não esteja previamente imposto nela"<sup>24</sup>.

Com efeito, essa compreensão da legalidade da Administração é necessária porque a Administração se coloca em posição de supremacia nas suas relações com o particular. É que, por atuar como instrumento de realização do interesse público, a Administração poderá invocar a supremacia desse interesse, postando-se em posição de superioridade na relação<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Itiberê de Oliveira Rodrigues, ob. cit., p. 70.

<sup>23</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., p. 13.

<sup>24</sup> *Direito...* cit., p. 30.

<sup>25</sup> Recentes trabalhos doutrinários, no entanto, tentam, de alguma forma, negar o princípio da supremacia do interesse público. Convém analisar a questão, ainda que brevemente e em nota. Gustavo Binbenojm (ob. cit., pp. 81 e segs.), por exemplo, constrói sua tese a partir do pressuposto da preeminência dos direitos fundamentais: "os direitos do homem ocupam posição de proeminência, no plano axiológico, em relação a qualquer projeto coletivo utilitário; no plano jurídico, tal proeminência decorre de seus *status* constitucional e

Daí, portanto, a necessidade de sua atuação exigir sempre expressa autorização legal, que defina esse interesse, e não mera inexistência de proibição de atuação. Por isso, já ensinava Caio Tácito em excelente síntese "que não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito"<sup>26</sup>.

Também se justifica a legalidade estrita em razão da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Como já enfatizamos, os poderes do Estado são instrumentais, servem à realização do interesse público fixado em lei. Logo, os órgãos estatais são veículos da vontade estatal consagrada na lei, só podendo atuar na medida em que a lei lhe autoriza. A legalidade estrita é, pois, uma "decorrência natural da indisponibilidade do interesse público"<sup>27</sup>. É a legalidade, portanto, a "*tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto — o administrativo — a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições e desmandos"<sup>28</sup>.

---

da sua condição de cláusulas pétreas da Constituição" (ob. cit., p. 85). Logo, segundo essa concepção, a prevalência de um dado interesse deve "ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto, a partir de parâmetros subjetivos erigidos pela própria Constituição (...). O que se chamará *interesse público* é o resultado final desse jogo de ponderações..." (Binenbojm, ob. cit., p. 86). Já Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto não propõe o abandono do pressuposto de supremacia do interesse, mas sua colocação em novas perspectivas, eis que já não haveria monopólio do Estado (Administração) na definição do interesse público e, a partir daí, defende a compreensão do Estado não como autoridade, mas como mediador (*Regulação...* cit., em especial, pp. 144 e segs.). Entretanto, não vemos como negar, no regime de Direito Administrativo brasileiro, a prevalência do interesse público. O que não se admite, contudo, é a invocação em abstrato e *a priori* desse interesse pela Administração: a identificação do interesse público não se faz por meio de sua titularidade (José Roberto Pimenta Oliveira, ob. cit., p. 237), mas sua qualificação, em cada caso, é oferecida pelo Direito positivo, isto é, pela Constituição e, a partir dela, pelo legislador e, finalmente, pelos órgãos administrativos, nas hipóteses e no limite de discricionariedade que lhe foi atribuído pela lei (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 57). Na síntese de José Roberto Pimenta Oliveira, "não há interesse público prévio ao Direito, senão como manifestação abstrata insuficiente para determinar uma solução definida" (ob. cit., p. 240). A tese da invocação da preeminência dos direitos individuais também deve ser recebida com certa cautela. Não se deve esquecer que o homem está imerso na sociedade, assim, também é possível outra compreensão dos direitos do homem, como a que faz Léon Duguit: "Não são os direitos naturais individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra de direito que se impõe aos homens em sociedade. É, pelo contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar um certo papel social, que cada homem goza de direitos — direitos que têm assim por princípio a missão que devem desempenhar (...) Tem, por conseguinte, o direito de desenvolver sua atividade; mas ao mesmo tempo, só possui esse direito na medida em que consagra a sua própria atividade à realização da solidariedade social" (*Fundamentos do direito*. Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 21). Ou seja, os direitos fundamentais se justificam na medida em que favorecem toda a sociedade. O exemplo da função social da propriedade evidencia essa relação. Quanto à possibilidade de vislumbrar no Estado um mediador, é preciso compreender que as fronteiras entre o Direito Público e Privado são maleáveis. Não obstante isso, "é impossível adotar-se exclusivamente o regime de coordenação comutativa entre as partes, porque seria impossível a autoridade, elemento da coexistência social. Tampouco, seria possível reduzir-se tudo à subordinação, porque seria eliminar a liberdade, elemento definidor do homem, ser racional e livre, razão da vida social" (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 20). Logo, podem se ampliar os espaços negociados com o Estado, mas sempre haverá uma parcela autoritária e unilateral.

<sup>26</sup> O princípio da legalidade: ponto e contraponto (1996). In: *Temas de direito público*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 339.

<sup>27</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 64.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 89.



Cabe destacar a expressão favoritismos, usada no trecho citado de Celso Antônio Bandeira de Mello. O favoritismo pode decorrer tanto da não-aplicação de uma medida restritiva como da concessão de benefícios em afronta à igualdade. Convém, então, deixar anotada a incidência do princípio da legalidade também na chamada Administração de prestações<sup>29</sup>. Dessa forma, mesmo na hipótese de concessão de benefícios, o princípio da igualdade substancial exigirá um comportamento da Administração pautado segundo critérios legais objetivos. Esta é uma exigência do princípio democrático e do Estado de direito<sup>30</sup>. Portanto, sequer nas hipóteses suscitadas poderá a atuação normativa dispensar a exigência de legalidade.

Outra explicação para o princípio da estrita legalidade administrativa nos é conferida por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. A compreensão da legalidade para esses autores passa pela diferenciação entre poderes e direitos subjetivos, proposta por Santi Romano<sup>31</sup>. Direito subjetivo e poderes (*potestad*) são espécies do gênero poderes jurídicos em sentido amplo: faculdades de querer e de fazer, conferidas pelo ordenamento jurídico. Assim, o *direito subjetivo* se origina de uma relação jurídica específica, recai sobre um objeto específico e determinado, consiste, pois, em uma pretensão concreta e corresponde a um dever atribuído a um sujeito passivo. Já o *poder* não se origina em pacto ou relação jurídica alguma, nem se refere a atos ou fatos singulares, ele procede diretamente do ordenamento jurídico. Não recai sobre nenhum objeto específico e determinado, mas tem um caráter genérico e se refere a um âmbito de atuação definido em grandes linhas. Não consiste, pois, em uma pretensão particular, senão na possibilidade abstrata de produzir efeitos jurídicos, do qual podem surgir relações jurídicas pelo seu mero exercício. Não há um correspondente dever, mas uma sujeição: o sujeito ao poder deve suportar os efeitos jurídicos do exercício do poder. O dever ou a obrigação derivará das relações jurídicas que o poder criará. Conseqüências dessa sua origem direta do ordenamento jurídico, os poderes são inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, porque não estão à disposição do sujeito, mas são criações do direito objetivo. Somente ao ordenamento cabe dispor sobre os poderes. Daí

---

<sup>29</sup> "Administração de intervenção existe quando a administração intervém na esfera jurídica do cidadão e limita sua liberdade e propriedade, quando ela, portanto, impõe ao cidadão obrigações e agravamentos. *Administração de prestação*, ao contrário, deve ser aceita, quando ela concede ao cidadão prestações ou outras vantagens. No primeiro caso, a administração apresenta-se ordenadora e, em caso de necessidade, impõe suas ordens com coerção, no segundo caso, a administração oferece-se auxiliar e fomentadora". Hartmut Maurer, ob. cit., § 1, 20, p. 8.

<sup>30</sup> Cf., nesse sentido, a lição de J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 730-2, e Hartmut Maurer, ob. cit., § 6, 13-6, pp. 129-33.

<sup>31</sup> A obra de Santi Romano citada pelos autores espanhóis é *Poderes, Potestades in Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. trad. esp., Buenos Aires, 1964, pp. 297 e segs.

que os poderes dependem da legalidade, do ordenamento jurídico. É a legalidade, portanto, que define e atribui os poderes à Administração. Em verdade, poderes-funções porque não estão à disposição do interesse egoísta de seu titular, mas devem ser exercitadas em função do interesse público<sup>32</sup>.

Os autores destacam, ainda, a influência de Hans Kelsen no pensamento de A. Merkl, indispensável para superar a mera limitação negativa da atividade administrativa. Isso porque a doutrina kelseniana não admite qualquer manifestação de poder jurídico que não derive de uma norma precedente. Logo, toda a ação da Administração deve se apresentar como o exercício de um poder jurídico previamente conferido pela lei e por ela delimitado. É que, para a concepção kelseniana, toda atividade de produção jurídica é um contínuo processo de execução normativa (processo de *legis executio*) a partir da norma fundamental. Dessa observação, é possível deduzir que cada ação da Administração está condicionada pela existência de um preceito jurídico-administrativo — equivale dizer: lei — que admita essa ação<sup>33</sup>.

Léon Duguit, por sua vez, propõe que a origem da legalidade se pauta na idéia de solidariedade social ou de interdependência social, isto é, no laço que une os homens em comunidade. O autor procura contrapor suas idéias à teoria dos direitos individuais, anteriores ao próprio Estado. Explica, assim, que a força obrigatória da lei não deriva da vontade dos governantes, mas de sua correspondência com a solidariedade social. Dessa forma, a regra obriga tanto súditos quanto *governantes* — e não ao Estado considerado como pessoa —, pois estes governantes são obrigados pela regra de direito, cujo fundamento é a solidariedade social. A violação da lei, portanto, é violação à solidariedade social expressa na lei<sup>34</sup>.

Na realidade, a intenção de destacar as diferentes formas de se justificar e fundamentar o princípio da legalidade propostas por diferentes matizes da doutrina é reforçar a convicção de que não se deve prescindir da legalidade. Embora, como se destacará, bastante criticada, ainda cabe insistir na proteção ofertada pelo princípio da legalidade, não cabendo dispensar, por completo, esse princípio fundamental sob nenhuma circunstância.

Não obstante as considerações já aduzidas, também é preciso compreender que o princípio da legalidade não é capaz de extirpar por completo a liberdade funcional de atuação da Administração. Não há, portanto, como reduzir toda a atividade da Administração à subsunção dos fatos às normas com a correspondente prescrição já completamente definida

---

<sup>32</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 449-53.

<sup>33</sup> *Idem*, pp. 446-7. Cf. também Binenbojm, ob. cit., pp. 139-41.

<sup>34</sup> Léon Duguit, ob. cit., pp. 51-4.

em lei. Assim, dentro de certos limites a lei concede alguma liberdade à Administração ou certa discricionariedade, porque incapaz de traçar todos os pressupostos da atividade administrativa. "O poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do direito ou das normas jurídicas; é êle que as torna sucessivamente mais concretas"<sup>35</sup>.

O Estado de Direito e a discricionariedade não são, portanto, termos necessariamente contraditórios. É que existem limites naturais e lógicos à viabilidade de se regular toda a atuação administrativa, daí a lei conceder certa margem *legal* de apreciação sobre a melhor forma de atender ao interesse público. A atuação discricionária viabiliza um espaço de atuação administrativa de escolha e decisões responsáveis<sup>36</sup>. Mas o reconhecimento de um espaço de atuação da competência discricionária não significa admitir, especialmente em nosso ordenamento constitucional, atividade da Administração alheia à lei. Afinal, se a lei concede a discricionariedade, ela a regula em alguma medida.

Tais considerações implicam também a insindicabilidade total da atividade administrativa. Ora, se a lei reconhece a Administração como agente competente para a definição de determinados aspectos não solucionados por ela é porque, sobre tais pontos — e somente sobre tais pontos —, não quer seja possível um controle total dessa atividade. Nesse sentido, a lição de Luís S. Cabral de Moncada:

"A legalidade é perfeitamente compatível com a só parcial sindicabilidade da actividade administrativa, o que só favorece, por um lado, uma visão equilibrada e nivelada da divisão de poderes, colocando a administração no seu lugar certo como agente conformador e concretizador do direito, vocacionada para uma relativa autonomia perante o legislador e o juiz e por outro lado impede a redução do Estado-de-Direito ao controlo judicial, esquecendo outros dos seus elementos constitutivos. A porta de acesso a esta compreensão das coisas é a visão do acto administrativo como instrumento de uma decisão política querida pelo legislador, a pedir outro tipo de controle para além do judicial mais consentâneo com a responsabilidade que recai sobre a administração pela tomada de decisão que o acto corporiza"<sup>37</sup>.

Segundo o autor português citado, essa parte insindicável não é resquício de períodos passados de autoritarismo da Administração. Em verdade, tais pontos não-interpeláveis judicialmente são expressão da maior aptidão funcional da Administração para responder àquela política definida em lei. Assim, o controle judicial completo não implica o fim da discricionariedade, mas sua transferência para o Judiciário, que não é órgão funcionalmente apto e também não é politicamente responsável. Logo, o contrário de discricionariedade,

---

<sup>35</sup> Afonso R. Queiró. A teoria... cit. [1ª parte], p. 44.

<sup>36</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 734.

<sup>37</sup> Ob. cit., p. 857.

explica, não é controle judicial, mas densidade da previsão legal. Mas essa previsão completa da lei sobre todos os aspectos do ato não é possível sempre<sup>38</sup>.

Não obstante não se caracterize como atividade discricionária — e, portanto, é atividade totalmente acessível ao controle judicial —, também a atividade de interpretação e concreção do direito implica, em certo sentido, algum esforço de criação ou recriação do órgão aplicador, ainda que bastante reduzido e limitado pelo próprio texto da norma e pelo contexto de aplicação. Aquele que aplica concretamente o texto precisa recriar para si a ordem legal para tal fim, eis que é incapaz de reproduzir à perfeição a ordem que lhe é trazida pela lei<sup>39</sup>. Daí muitos autores afirmarem, com inteira razão, que a atividade administrativa não se resume à atividade peã ou mecanicista de aplicar a lei. Ou seja, não vale mais aquela concepção segundo a qual o poder executivo é nulo e que nada pode acrescentar a lei<sup>40</sup>.

Numa perspectiva histórica<sup>41</sup>, o princípio da legalidade da administração, explica Luís S. Cabral de Moncada, "é um corolário do modelo de Estado do liberalismo monárquico-constitucional, nomeadamente na Alemanha, onde este princípio sofrera uma evolução particularmente rica de significado e conteúdo"<sup>42</sup>. Revela-se, nesse período, a preferência absoluta da lei parlamentar na definição dos direitos subjetivos fundamentais (liberdade e propriedade), ficando a Administração subordinada. Aliás, a preocupação maior dessa primeira fase da legalidade era o controle dos atos normativos e não dos atos concretos da Administração. "Assim é que só na fase final do constitucionalismo monárquico se admitia na Alemanha a reserva de lei para os actos administrativos em condições análogas às já exigidas para os actos normativos da administração"<sup>43</sup>. Mas não se cuidava, ainda, de uma legalidade estrita; admitia-se, pois, à Administração a escolha dos fins, bastava que a atividade da Administração não fosse contrária à lei. A lei era, portanto, apenas limite da atuação. Só na fase mais tardia desse constitucionalismo será concebida a legalidade em seu sentido estrito.

---

<sup>38</sup> *Idem*, pp. 857-63.

<sup>39</sup> V., a propósito, Afonso R. Queiró. A teoria... cit. [1ª parte], p. 61, nota 53, trecho no qual diferencia essa contribuição individual necessária à interpretação da discricionariedade. Sobre a reconstrução da norma pelo intérprete, v. também Humberto Ávila. *Teoria...* cit., pp. 23-6, e Eros Grau, ob. cit., pp. 38 e segs.

<sup>40</sup> Cf., nesse sentido, entre outros, Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 21 e segs., Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 34-5, Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 292-3, Caio Tácito. Comissão... cit. p. 1.078, e Almiro do Couto e Silva. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jan.-jun., 1990, vol. 179/180, pp. 51-2.

<sup>41</sup> Cabe destacar que não pretendemos discorrer sobre a história da legalidade. O parágrafo é apenas um breve comentário indicativo do momento histórico em que se passou a exigir da Administração uma atividade plenamente vinculada à lei. Sobre a evolução histórica do princípio da legalidade administrativa, remetemos à obra de Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., na qual há um longo capítulo, o primeiro, dedicado exclusivamente a esse tema. Uma perspectiva histórica da legalidade no Brasil é dada por Itiberê de Oliveira Rodrigues, ob. cit., em texto no qual analisa o caráter dogmático da legalidade desde o Brasil colônia até a Constituição de 1967.

<sup>42</sup> Ob. cit., p. 70.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 72, nota 76.

"Poderá assim afirmar-se que é só neste contexto que a lei é para administração não só o seu limite mas também o seu pressuposto"<sup>44</sup>.

Ao fim deste item, não podemos deixar de referir que o ordenamento consagra, contudo, hipóteses excepcionalíssimas de restrições à legalidade, as quais não admitem qualquer possibilidade de ampliação, ainda que por interpretação, porque são exceções, e as exceções são restritivamente interpretadas. Como o princípio da legalidade tem estatura constitucional, por óbvio, que tais restrições são exclusivamente previstas na Constituição da República. As hipóteses são as seguintes: as medidas provisórias (Constituição, art. 62), o estado de defesa (Constituição, art. 136) e o estado de sítio (Constituição, arts. 137 a 139). Em nenhuma hipótese, contudo, se cogita a inviabilidade de controle jurisdicional para apurar se presentes os pressupostos constitucionais que autorizam tais medidas<sup>45</sup>.

### 3.4. BLOCO DE LEGALIDADE: A LEGALIDADE E A JURIDICIDADE

Na doutrina administrativista portuguesa, Marcello Caetano confere um sentido amplo à legalidade, não a restringindo, pois, ao respeito à lei formal. "*A legalidade* é assim constituída pelo conjunto das normas formuladas genéricamente em termos que sejam obrigatórias para os cidadãos, sejam leis, decretos ou regulamentos, e que estejam em vigor em dado momento no País"<sup>46</sup>. Bem por isso, sua definição do que seja lei administrativa alberga "não só a lei formal (leis constitucionais e ordinárias, decretos-leis e diplomas legislativos ultramarinos) como os regulamentos, qualquer que seja a forma que revistam — decreto, portaria, despacho normativo, deliberação de órgão colegial"<sup>47</sup>. Não só também inclui o costume entre as fontes de Direito Administrativo, como destaca que: "Na verdade, é pretensioso que a lei pretenda evitar o costume; a *autenticidade* social deste, resultante da espontaneidade das forças que motivam o seu aparecimento e a sua imposição, obriga a quem considere o problema, isento de preconceitos, a reconhecer o seu valor normativo"<sup>48</sup>.

No ordenamento jurídico espanhol, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández explicam que a Administração não é só vinculada à legalidade; ela se vincula aos

---

<sup>44</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>45</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 113-23.

<sup>46</sup> *Manual...* cit., p. 30.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 82.

regulamentos, princípios gerais, costumes<sup>49</sup> e precedentes, ou seja, sua vinculação é ao ordenamento jurídico-administrativo, ao bloco de legalidade. A Administração se vincula ao ordenamento jurídico como um todo sem distinção entre as suas diferentes fontes particulares. A. Merkl cunhou então a expressão *principio da juridicidade* da Administração. Isso para reservar o termo princípio da legalidade para o jugo da Administração à lei formal. A superação da vinculação à legalidade decorre de uma superação do positivismo legalista. Assim, a Constituição espanhola estabelece, no seu art. 103, item 1 que "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (o destaque não é do original). Concluem, portanto, que a expressão "submissão plena à lei e ao Direito", por certo, se refere ao dever de respeito a todas as normas e princípios de Direito<sup>50</sup>.

É preciso ainda anotar a existência, no nosso ordenamento jurídico, de disposições legais com texto semelhante ao do dispositivo constitucional espanhol referido. Mais recente, a Lei 9.784, de 29.1.1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal), art. 2º, parágrafo único, determinou que: "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito;". Antes, porém, a Lei 4.717, de 29.6.1965 (regula a ação popular), já dispunha que:

"Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) c) ilegalidade do objeto; (...). Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: (...) c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo" (o grifo não é do original).

Então, também em nosso direito constitucional já é possível asseverar que a Administração deve obediência não somente à lei formal. Sua vinculação é, pois, ao ordenamento jurídico, o que inclui todas as normas, inclusive aquelas legitimamente produzidas pela própria Administração.

Nesse sentido, a proposta de Eros Grau em sua "crítica e defesa da legalidade". O autor reconhece a legalidade como um bem incondicional da humanidade. Contudo, na sua acepção liberal, a legalidade também serviu como instrumento de proteção dos proprietários contra os não-proprietários, funcionando como fator de legitimação da classe dominante.

---

<sup>49</sup> As leis espanholas se referem expressamente ao costume como fonte de Direito Administrativo (cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 76-7).

<sup>50</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 442-3 e 447. Sobre a compreensão da legalidade no ordenamento espanhol, v. ainda Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 733 e segs. O antecedente histórico, vale lembrar, da previsão constitucional de submissão da Administração "à lei e ao Direito" é o art. 20 da Constituição alemã de 1949. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade... cit., p. 483.

Nessa perspectiva liberal, a legalidade é compreendida em termos estritamente formais. Logo, a legalidade não garante o atendimento de fins públicos, mas presta-se à proteção de interesses privados. Daí, propõe seja a legalidade compreendida não apenas como fator de limite à atuação do Estado, mas como pauta de sua atuação ou pressuposto de sua atuação, desvinculando-a da separação de poderes na sua perspectiva tradicional, na qual a função normativa — não a legislativa — era exclusivamente exercida pelo Legislativo. A legalidade pode e deve ser compreendida em termos amplos. Justifica, assim, a idéia de bloco de legalidade, que não se refere tão-só às leis formais. Conclui, assim, não existir uma crise do direito, mas uma crise da codificação ou do direito codificado<sup>51</sup>.

Essa compreensão ampla da legalidade não era partilhada por M. Seabra Fagundes. Para ele a legalidade deveria ser compreendida como respeito à lei formal:

"O chamado *princípio da legalidade* se tem entendido como o condicionamento de toda atividade à lei no seu sentido *formal* (regra emanada do órgão legislativo), não havendo meio juridicamente utilizável para estabelecer e manter aquela distinção [lei formal, lei material]. A lei formal obriga, protegida pelas mesmas sanções que asseguram o cumprimento da lei material"<sup>52</sup>.

A conclusão do autor é coerente com a ampla discricionariedade que seu pensamento atribuía ao legislador. Mas essa ampla liberdade legislativa não se coaduna com o constitucionalismo contemporâneo. Essa inadequação — entre outros pontos — é destacada por Gustavo Binenbojm<sup>53</sup>, que sugere a tese da legalidade administrativa como vinculação a todo o Direito, acolhendo o princípio da juridicidade. Ademais, a tese de Seabra Fagundes tem a finalidade de destacar a impossibilidade de a Administração Pública não cumprir a lei por considerá-la injurídica, além de se vincular à inexistência de um controle da lei em face dos princípios gerais de direito<sup>54</sup>. No constitucionalismo contemporâneo, entretanto, os princípios gerais de direito passaram a integrar o texto constitucional (foram constitucionalizados), tornando-se, na feliz expressão de Paulo Bonavides, "em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Eros R. Grau, ob. cit., pp. 168-74 e 179-90.

<sup>52</sup> M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 115, nota 6.

<sup>53</sup> Nota de atualização à M. Seabra Fagundes, ob. cit., pp. 118-20, e Gustavo Binenbojm, 2006, pp. 34-5.

<sup>54</sup> Literalmente o seu texto diz: "Barthélemy e Duez (*Traité élémentaire de droit administratif*, 13<sup>a</sup> ed., p. 671) fazem sentir a inexistência atual de um sistema de controle da lei em face dos princípios gerais de direito. Nesse particular, o legislador é discricionário, estando o único controle contra o abuso na sua consciência jurídica. A lei obriga, ainda que antijurídica" (ob. cit., p. 115, nota 6). Ainda sobre a possibilidade de a autoridade administrativa superior se recusar a executar o comando da lei, Seabra Fagundes admite essa possibilidade, desde que fundada em razões de interesse público, mas sendo responsabilizável pelos seus atos (ob. cit., p. 122, nota 11).

<sup>55</sup> Ob. cit., p. 237.

Logo, já não se justificam as teses do mestre potiguar no sentido de vincular a Administração tão-só à lei parlamentar.

De toda sorte, ainda que não se compreenda a legalidade como princípio da juridicidade, o importante para a proposta de estudo é considerar o regulamento como fonte de direito, capaz de vincular a Administração Pública aos seus termos. O regulamento é, pois, também fonte de direito.

Para Diógenes Gasparini os regulamentos não só se incluem entre as fontes de Direito Administrativo como também de outros ramos do Direito porque não há restrições para isso nas disposições constitucionais<sup>56</sup>. Em obra mais recente, reafirma que: "a lei é a mais importante das fontes de Direito Administrativo. Deve ser entendida em sentido *amplo*. Abrange desde a Constituição até os atos normativos mais simples, isto é, que se predispõe a executar leis, como os decretos, os regulamentos, as instruções, entre outras"<sup>57</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello encarece a importância de se compreender a legalidade em termos mais extensos com o fim de vincular a Administração também ao direito por ela produzido. O trecho merece transcrição:

"Em suma, a lei ou mais precisamente o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como 'conformidade ao direito' [George Vedel. *Droit Administratif*, 1958, vol. 1, pág. 143], adquirindo então um sentido mais extenso. É desdobramento de um dos aspectos do princípio da legalidade o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que, precedentemente, a Administração haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores<sup>58</sup>.

Assim compreendida a legalidade, a Administração fica vinculada ao regulamento por ela produzido, não podendo dele se distanciar na aplicação concreta, embora possa revogar o próprio regulamento por completo ou em parte.

Entretanto, é preciso estar atento para o fato de o princípio da juridicidade não derogar ou sequer poder ser invocado contra o princípio da legalidade. A juridicidade não permite que se dispense a lei nem autoriza a atuação autônoma da Administração, como quer parte da doutrina com fundamento na constitucionalização do Direito Administrativo<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Diógenes Gasparini. *Poder regulamentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1982, pp. 37-8. Em sentido contrário, Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, p. VII-40.

<sup>57</sup> *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2005, p. 27.

<sup>58</sup> O conteúdo do regime jurídico-administrativo... cit., p. 50. Cf., do mesmo autor, *Curso...* cit., pp. 65-6 e nota 51.

<sup>59</sup> Nesse sentido, cf. Gustavo Binenbojm. Diz o seu texto que: "Assim, o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de *mediação* do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão *validar* condutas *para além* ou mesmo *contra* a disposição legal. Com



Não se quer negar a supremacia da Constituição e a vinculação da Administração ao seu texto. Mas não é porque a Administração está vinculada aos valores constitucionais e porque o juiz pode encontrar diretamente na Constituição elementos para um controle contencioso da Administração mais efetivo, que se devem abandonar e descaracterizar as exigências da legalidade administrativa, e, desse modo, esquecer outros elementos — principalmente valores democráticos — inerentes à idéia atual de Estado de Direito consagrada na nossa Constituição.

A juridicidade agrega mais controle aos atos da Administração, mas a atuação administrativa não é capaz de dispensar a lei. Há reserva total em favor da legislação, como já destacado: não há possibilidade de atuação da Administração sem fundamento na lei. Imaginar atuações autônomas da Administração, com fundamento na juridicidade, é ignorar décadas de evolução constitucional e administrativa. A lição de Luís S. Cabral de Moncada, em sua crítica às teses de Rupp, aplica-se à hipótese como luva:

"A posição negativa relativamente à reserva total leva pois a conclusões cujos apoiantes nem sempre têm presentes de modo claro e muito mais graves do que parecem à primeira vista, pois que ao transigir com uma produção normativa apócrifa perante a qual o cidadão aparece desguarnecido, põe em causa os mais elementares princípios do Estado-de-Direito e precisamente numa situação em que eles são mais do que nunca necessários"<sup>60</sup>.

Mais a frente, explica o mesmo autor, que não se pode ignorar que a legalidade surge marcada pela rivalidade político-normativa entre Parlamento e Executivo. Portanto, não se deve reduzir o princípio da legalidade à mera atuação conforme qualquer regra geral pré-estabelecida. A exigência é, pois, de lei formal como pressuposto e limite da atuação administrativa<sup>61</sup>. É indefensável, porque manifestamente inconstitucional, a invocação da juridicidade contra a legalidade, é confundir, nas palavras de Luís S. Cabral de Moncada, a questão do controle de constitucionalidade dos atos da Administração com a de sua dependência da lei formal:

"Utilizar o princípio da juridicidade para desvalorizar o da legalidade é colocar mal a questão, confundindo, em última análise, o problema da controlabilidade judicial da actividade administrativa com o da sua dependência relativamente à lei formal (ou diploma equiparado). Esta posição tem por detrás uma visão exclusivamente garantística da problemática da legalidade que não se revela defensável"<sup>62</sup>.

---

efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa" (ob. cit., pp. 70-1, os destaques são do original).

<sup>60</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 219.

<sup>61</sup> *Idem*, pp. 729-30, 797-8 e 1.144.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 1.008.

Não fosse suficiente esse argumento, seria ainda possível alegar que a ordem hierárquica fundamenta e impõe a primazia de validade da Constituição, no entanto, não autoriza uma primazia de aplicação<sup>63</sup>. Logo, em sua atuação, a Administração deve primeiro aplicar a lei, que é mais concreta e pormenorizada, sem invocar, de imediato, a aplicação de princípios constitucionais ou direitos fundamentais para desculpabilizar atuações autônomas ou contrárias à lei, pois, assim, dá sentido à vinculação da Administração à lei, exigência da própria Constituição da República (art. 37, *caput*).

E não cabe buscar também fundamento para uma atuação autônoma da Administração na complexidade de nossa sociedade contemporânea. Já na introdução destacamos que não há fundamento para esse argumento, pois não há evidência de que a atuação administrativa seja mais eficiente quando mais tênues são seus vínculos com a legalidade. A eficácia administrativa e a otimização da função administrativa não passa necessariamente pelo reconhecimento de funções autônomas da Administração. Ainda segundo Cabral de Moncada, essas exigências permitem, quando muito, o reconhecimento "de certas liberdades de actuação no quadro da lei parlamentar, de modo a dar azo a critérios de eficácia"<sup>64</sup>. A complexidade das tarefas estatais pede um modelo de cooperação e coordenação entre os poderes, que procure "retirar da capacidade operativa de cada um dos poderes estaduais o contributo específico, necessário e insubstituível, para a realização e a concretização da ordem jurídica"<sup>65</sup>.

Ademais, o princípio democrático (Constituição, art. 1º, parágrafo único) coloca o Parlamento como órgão de direção política global. Por isso, o princípio ou regime jurídico da Administração deve ser o da legalidade e não o da ilegalidade ou da autonomia, sob pena de a Administração usurpar essa posição de direção política do Parlamento<sup>66</sup>.

Também não há razão para justificar uma atuação autônoma, no exercício de função administrativa, em nosso ordenamento constitucional, com fundamento na necessidade e na urgência para a resolução da questão. A Constituição da República já garante ao chefe do Executivo a possibilidade de editar medida provisória para os casos em que a hipótese demandar urgência e for relevante para o atendimento do interesse público. Portanto, não há sequer um critério de necessidade ou de urgência que justifique o distanciamento da Administração da lei com fundamento no princípio da *salus populi suprema lex esto*.

---

<sup>63</sup> Sobre tais conceitos, cf. Hartmut Maurer, ob. cit., § 4, 42, pp. 88-90.

<sup>64</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 836.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 864.

<sup>66</sup> V., em sentido semelhante, Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 132-8.

Já no caso de lei claramente inconstitucional, não se deve olvidar a possibilidade de o chefe do Executivo promover ação direta de inconstitucionalidade contra seu texto com a possibilidade de concessão de liminar, dispensando-o, desde já, de seu cumprimento (Constituição, art. 103, I, combinado com arts. 10 e segs. da Lei 9.868, de 10.11.1999). Embora parte da doutrina admita possibilidades excepcionais de não-aplicação de lei manifestamente inconstitucional pelo Chefe do Executivo, independentemente de pronunciamento judicial, não se deve julgar que tal fato — excepcionalíssimo — seja capaz de, por isso, derrogar o princípio da legalidade administrativa, consagrado expressamente pela Constituição (art. 37, *caput*)<sup>67</sup>. Logo, a Constituição traz mecanismos de salvaguardas contra a atuação administrativa infringente da Constituição sem que para isso a Administração precise dispensar o princípio da legalidade ou procure justificar atuações autônomas ou contra a lei.

Daí se vê que não há como se sustentar, especialmente como regra, a viabilidade de atuação autônoma ou contra a lei da Administração e, assim, querer tornar suas manifestações equivalentes à lei parlamentar. Em síntese, a idéia de bloco de legalidade ou juridicidade constrói, pois, novos limites e controles à atividade administrativa, sem revogar o princípio da legalidade.

### 3.5. CONSEQÜÊNCIAS DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, além de implicar essa necessária submissão da Administração à lei formal, bem assim também aos seus regulamentos e atos infra-regulamentares, justifica outros princípios de direito sem os quais a legalidade não goza nesse ordenamento de toda sua extensão. Não temos a intenção de discorrer amplamente sobre cada um desses princípios, limitamo-nos a uma breve indicação.

A legalidade compreende o *princípio da finalidade*, pois não se compreende o sentido de uma lei e, por conseqüência, não se lhe aplica corretamente sem entender qual o objetivo por ela pretendido. Também envolve o *princípio da razoabilidade*, eis que não se pode imaginar que a lei permita à Administração comportamentos desarrazoados, bem como da *proporcionalidade*, porque comportamento da Administração além ou aquém do estritamente necessário à consecução do interesse público é desobediência à finalidade da lei. Exige-se, ainda, da Administração, justamente por força da legalidade, a observância do

---

<sup>67</sup> Em sentido contrário, Marcelo Figueiredo, ob. cit., p. 151, que não admite qualquer direito da Administração negar aplicação à lei inconstitucional sem amparo em decisão judicial.

princípio da *motivação*. Isso porque somente se poderá apurar se a determinação legal foi devidamente obedecida, isto é, se atuou de acordo com a finalidade legal com razoabilidade e proporcionalidade, caso a Administração indique as razões de fato e de direito em virtude das quais desempenhou sua função. Ainda, em razão da legalidade, concebe-se a ampla responsabilidade do Estado porque tal responsabilidade implica incorrer em sanções previstas no caso de infringência à legalidade. Enfim, a legalidade justifica os princípios da impessoalidade e da publicidade: é tratamento na forma da lei que deve a Administração dispensar para todos administrados indistintamente, sem favoritismos ou perseguições, ademais sem transparência não há como apurar a estrita obediência à lei. Todas essas considerações têm por base a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>68</sup>.

Além desses princípios jurídicos expressamente referidos, não podemos deixar de assentar que a legalidade implica, necessariamente, o controle de legalidade por um Judiciário independente. É que, como explica Montesquieu, ao tratar dos meios de se favorecer a democracia, "Nada dá maior força às leis do que a extrema subordinação dos cidadãos aos magistrados"<sup>69</sup>. O princípio da legalidade justifica, portanto, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, seu correlato (Constituição, art. 5º, XXXV). Sem controle jurisdicional, a garantia da legalidade é inócua porque faleceria competência a um órgão para verificar o cumprimento do princípio da legalidade<sup>70</sup>. Também Marcello Caetano destaca que em todos os países onde vige o princípio da legalidade estão previstos meios específicos de garantir sua observância<sup>71</sup>. Sem possibilidade de apelação não vige o princípio da legalidade. Não por outra razão, Seabra Fagundes sustentou com pertinência a impossibilidade de violação da legalidade pelo Judiciário, pois a ordem jurídica vige conforme ele a define<sup>72</sup>.

### 3.6. AS CRÍTICAS À LEGALIDADE

Não obstante todas as implicações da legalidade, sua posição de "bem humano incondicional"<sup>73</sup> e de sua função de preservadora da liberdade, a doutrina tece algumas críticas à legalidade, especialmente à legalidade formal. São essas críticas que analisamos na

---

<sup>68</sup> *Curso...* cit., pp. 66-9 e 88-103 e 112.

<sup>69</sup> Ob. cit. Livro V, Capítulo 7, p. 61.

<sup>70</sup> André Ramos Tavares, ob. cit., p. 444.

<sup>71</sup> Marcello Caetano. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977, 2ª reimpressão, 2003, p. 440.

<sup>72</sup> Ob. cit., p. 117, nota 8.

<sup>73</sup> Eros Grau, ob. cit., p. 168.

seqüência. Assim, nesta parte de nosso estudo, serão indicados, ainda que de forma breve, algumas das críticas proferidas pela doutrina contra a legalidade. A intenção é apenas ressaltar algumas das insuficiências das leis formais.

Nesse sentido, um dos pontos de destaque é o problema da representação parlamentar. A deficiência nessa representação pode dar à lei a condição de instrumento de legitimação de uma classe dominante. A propósito, Fábio Comparato, ao estudar a obra de J. J. Rousseau, destaca a deturpação da obra desse pensador como fator de legitimação da classe dominante. Funcionaria, assim, a legalidade como forma de dominação legitimada da classe burguesa. Esse é um dos paradoxos da obra de Rousseau:

"Enfim, um não menor paradoxo foi o fato de que a concepção social igualitária desse inimigo fígadal da civilização burguesa tenha sido adotada pela burguesia triunfante. Ela serviu não só como justificação teórica para a supressão dos antigos privilégios estamentais, que a prejudicavam, mas também para a instituição de um regime de igualdade puramente formal dos cidadãos, perante uma lei que, votada não pelo povo, mas por seus pretensos representantes, em lugar de exprimir a vontade geral, nada mais faz do que consagrar o interesse e a vontade particular da classe dominante"<sup>74</sup>.

Diante da lei formal, portanto, muitas vezes, somos levados a questionar sua legitimidade como manifestação soberana do Estado, especialmente quando os parlamentos não funcionam, efetivamente, como caixa de ressonância dos anseios populares<sup>75</sup>. Ora, se a lei formal já não pode ser qualificada de expressão da vontade geral, fácil concluir pela insuficiência da lei formal para a produção de resultados socialmente desejados<sup>76</sup>.

Mas ainda pior é a constatação de que a lei pode veicular injustiças e servir de fundamento à barbárie: uma concepção exclusivamente formalista sobre a validade das leis acabou por legitimar as maiores iniquidades do século passado. Com efeito, só a compreensão de que a validade da lei independe de seu conteúdo poderia autorizar o regime nacional-socialista na Alemanha. Tais ocorrências, implicaram a dessacralização da lei formal<sup>77</sup>. Fábio K. Comparato explica que aos positivistas:

"Nunca lhes interessou o conteúdo moral ou político das normas de direito: se elas servem para o funcionamento de um Estado democrático ou totalitário, se elas legitimam ou não a criação de

---

<sup>74</sup> *Ética...* cit., pp. 268-9.

<sup>75</sup> Não pretendemos aqui defender a democracia direta como única forma de poder legítimo. Não só pela inviabilidade da proposta em países de proporções continentais (cf. Fábio K. Comparato, *Ética...* cit., pp. 263-4). A proposta de Rousseau, ainda, pressupõe uma completa cisão entre vontade geral e individual, aquela é redutível a esta, "o que tem valido a Rousseau, como se sabe, a sua identificação como pai do totalitarismo moderno" (Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 116-7). Ademais, como anota Bruce Ackerman, além de inviável, a proposta não é factível também porque o cidadão moderno tem coisas mais "interessantes" a fazer do que discutir questões de interesse público: "Whatever may have been true in Athens, modern citizens generally have better things to do with their time than to debate public issues in the forum (even when the forum is the Internet)" (ob. cit., p. 664).

<sup>76</sup> Cf. Eros Grau, ob. cit., pp. 110 e segs.

<sup>77</sup> Cf. Gustavo Binbenbojm, ob. cit., pp. 128-9.

quaisquer instituições, ou a prática de quaisquer atos, ainda que contrários à dignidade da pessoa humana"<sup>78</sup>.

Não se questiona, pois, a moralidade ou a justiça de uma lei, simplesmente ela vale porque é reconhecida como norma pelo ordenamento jurídico. Vale o aspecto formal, não o aspecto substancial.

Esse entendimento acerca do positivismo jurídico é confirmado pela gravidade dessa conhecida observação de Hans Kelsen que não podemos deixar de reproduzir:

"Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder para encerrar em campos de concentração, forçar quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados"<sup>79</sup>.

No entanto, as conseqüências nefastas de um Estado criminoso, como o Estado nacional-socialista alemão, inviabilizaram a continuidade desse processo de completa desconsideração acerca da justiça ou da moralidade da lei<sup>80</sup>. É o que nos explica Chaïm Perelman. Segundo este autor, o raciocínio jurídico pós-1945 já compreende que a conformidade exterior às leis não esgota a justiça: o direito, portanto, não se identifica com a lei. Esclarece, entretanto, que não se trata de um retorno às concepções de direito natural, mas certamente de uma reação ao positivismo jurídico<sup>81</sup>.

Também Eros Grau registra um resgate da ética no universo jurídico. Ele destaca que o direito formal, quando dissociado de uma justiça substancial, produziu resultados socialmente insatisfatórios. Daí um clamor da sociedade pelo ético. Contudo, para evitar particularismos — afinal, não se deve simplesmente abrir mão da legalidade que é um patrimônio da humanidade —, propõe uma ética de princípios jurídicos, já que não há uma ética universalmente válida<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> O procedimento administrativo e o procedimento judicial [parecer]. *Boletim dos procuradores da república*. Brasília, abril, 2002, ano IV, n. 48, p. 11.

<sup>79</sup> Hans Kelsen. *Teoria pura do direito* (1960). Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª edição, 1998, p. 44.

<sup>80</sup> Fábio Comparato explica que os acontecimentos do pós-guerra implicaram o fim do Estado Liberal clássico, cabendo ao Estado garantir aos cidadãos a inviolabilidade de sua dignidade: "A discussão teórica [refere-se ao formalismo do positivismo jurídico] começou a mudar, após a 2ª Guerra Mundial, com o advento do Estado Social, em substituição ao Estado Liberal Clássico. As ruínas da guerra e a descoberta da situação de subdesenvolvimento em que jaziam os latino-americanos, asiáticos, e africanos mostrou, com irrefutável persuasão, que as funções do Estado não podiam limitar-se, apenas, à manutenção da ordem e da segurança (law and order), ficando os particulares, na sociedade civil, submetidos à lei do mais forte e do mais rico. Percebeu-se, com clareza, que a reconstrução do pós-guerra e o desenvolvimento nacional exigiam um Estado cuja função legitimadora não é simplesmente a manutenção da ordem pública e da segurança externa, mas a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental, visando a dar a todos e a cada um em particular o que é próprio de todo ser humano: a dignidade da pessoa" (O procedimento... cit., p. 11).

<sup>81</sup> Chaïm Perelman. *Lógica jurídica: nova retórica* (1979). Trad. de Verginia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 2ª edição, pp. 95 e segs.

<sup>82</sup> Eros Grau, ob. cit., pp. 110 e segs.

Então, podemos observar que há uma insatisfação com o positivismo jurídico ou formalismo jurídico. Contudo, a doutrina jurídica não quer propor um retorno ao direito natural, isto é, não pretende deixar brechas aos particularismos, sobrepondo a moral ao direito. Ao mesmo tempo em que se reconhece que a lei formal não basta, não se pretende renegar por completo a legalidade. Daí as dificuldades de inserção da moral no direito, que irão se refletir na compreensão do princípio da moralidade e, especialmente, no âmbito específico do Direito Administrativo, onde a legalidade é compreendida em sentido estrito e a moralidade é positivada como princípio constitucional da Administração Pública.

Mas há ainda mais a especular sobre as origens da crise da legalidade. Entre as razões apontadas por Gustavo Binenbojm para essa crise da legalidade, vale a pena destacar o controle do Poder Executivo sobre o processo legislativo. Esse controle deve-se, em especial, a três fatores (i) reservas de iniciativas legislativas; (ii) a possibilidade de trancar a pauta de deliberações do Congresso; e (iii) através da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projeto governamental<sup>83</sup>. Caberia, ainda, incluir aqui o poder de veto, eis que devolve a questão à apreciação do Congresso Nacional. O mais grave, contudo, no caso brasileiro, é constatar que o Poder Executivo, de fato, define a pauta de deliberações do Congresso Nacional. Segundo dados publicados pelo jornal *Folha de S. Paulo*, entre 1988 e 1994, apenas 15,1% das leis aprovadas têm origem no próprio Parlamento contra 84,9% do Executivo. A notícia destaca, ainda, que, além de a situação não ter se alterado em períodos mais recentes, os projetos de autoria dos parlamentares, muitas vezes, tratam de assuntos de menor impacto social<sup>84</sup>. Afora, esse controle das deliberações do Congresso, não se pode esquecer da possibilidade de uso e abuso das medidas provisórias. E vale destacar, vez mais, que a Emenda Constitucional 32, de 2001, não foi capaz de conter os excessos do Executivo e limitar as medidas provisórias aos seus pressupostos constitucionais (cf., neste estudo, nota 6, Parte 1, item 3.1., *supra*).

Diante de tal quadro institucional, somos forçados a concluir pelo efetivo desprestígio do produto da atividade parlamentar, isto é, da lei e, por conseqüência, da legalidade.

Já Luís S. Cabral de Moncada não só destaca a crise do conceito clássico de legalidade como aponta outro problema da legalidade: a tendência da lei em não definir claramente o interesse público. A moderna ação da Administração, portanto, não se reduz à

---

<sup>83</sup> Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 135-6.

<sup>84</sup> Cf. EXECUTIVO define agenda legislativa do Congresso. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 28.9.2006, caderno Congresso Eleições 2006, p. 2.

execução da lei, exigindo novas fontes de legitimidade, como o reconhecimento de poderes locais, a busca pelo consenso — onde se insere a contratualização da ação administrativa —, a criação de ouvidorias e, especialmente, a procedimentalização da ação administrativa. A procedimentalização — destaca Cabral Moncada — é a via para trazer a participação popular para a atividade administrativa. A procedimentalização revela-se, assim, uma forma de compensar o déficit de legitimidade decorrente da tendência da lei em não definir os interesses públicos<sup>85</sup>. Há um novo arranjo da atividade administrativa. Conclui, então, que a legalidade administrativa muda de sentido: não se manifesta mais na fiel execução da lei, mas na observância de um procedimento adequado à audiência dos interessados na sociedade civil. Verifica-se, ainda, uma deslocação da perspectiva da legalidade. A norma não é precisa, então, centra-se a questão na razoabilidade e não na subsunção. A subsunção perde, pois, o monopólio da aferição da legalidade, sem debandar, contudo, para o construtivismo jurídico. A legalidade passa a ser aferida por meio de um procedimento no bojo do qual é considerada uma multiplicidade de interesses relevantes, que influenciam a decisão final da Administração<sup>86</sup>.

Daí a gravidade extrema que assume em nossa realidade a crise constatada por Cabral de Moncada no contexto europeu. A Administração Pública brasileira não possui ainda uma tradição na tarefa de ouvir o administrado para tomar suas decisões, especialmente no campo regulamentar<sup>87</sup>. Enquanto se revela uma incipiente prática de procedimentalização de atos administrativos que afetem diretamente direitos do administrado, por força da Lei 9.784, de 29.1.1999, na produção regulamentar, a Administração ainda engatinha na prática de ouvir os anseios da sociedade civil. A população, por sua vez, também não possui cultura de participação nas decisões administrativas. Logo, a falta de precisão da lei, na realidade

---

<sup>85</sup> É importante encarecer essa procedimentalização dos atos da Administração como uma faceta das exigências da legalidade, especialmente hoje em que se exige uma atuação bastante dinâmica da Administração. Cf., neste estudo, Parte 2, item 4.1.3., *infra*. Pertinente, no caso, a lembrança dessa advertência de Marcello Caetano: "Aquilo que tantas vezes exaspera o público na burocracia — a lentidão das resoluções — pode ser apenas degenerescência das cautelas úteis exigidas a bem da ponderação das decisões e do respeito dos interesses de terceiros. Todos quantos possuem experiência política e administrativa conhecem os riscos das resoluções expeditas, tomadas no calor do entusiasmo de pôr termo a uma demanda, de rematar, num gesto de pública eficiência, uma questão que se arrasta...Vai-se a ver depois e havia razões sérias a considerar, que o desejo de atender reclamações veementes — e quantas vezes pérfidas — num contacto entre os governantes e o público, deixou injustamente de lado. Por isso, se não é de alimentar a lentidão dos métodos da burocracia, também não devemos condenar sumariamente os cuidados, as cautelas e o formalismo com que a lei e a praxe mandam ter em conta os graves interesses públicos e privados tantas vezes em risco nas decisões administrativas" (*Princípios...* cit., p. 407).

<sup>86</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 21-6.

<sup>87</sup> Exemplar, nesse sentido, é o art. 105, letra a, da Constituição da Espanha. Esse dispositivo exige a audiência dos cidadãos afetados pelas disposições regulamentares durante o seu procedimento de elaboração: "La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten".



brasileira, abre espaço para o autoritarismo pela Administração, exigindo maior cautela de nossos legisladores na concessão de maior discricionariedade administrativa.

Entre nós, a necessidade de oitiva dos administrados e de efetiva participação popular, especialmente nas agências reguladoras, foi reclamada, entre outros, por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto<sup>88</sup>, Sérgio Varella Bruna<sup>89</sup> e Paulo Todescan Lessa Mattos<sup>90</sup>. Este autor, a propósito, realizou uma pesquisa sobre as consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) no período de 1997 a 2000, na qual constatou que, se por um lado, houve relevante aumento da utilização das consultas públicas, por outro lado, houve pouca participação de segmentos da sociedade civil que não representassem os interesses das empresas de telecomunicação<sup>91</sup>.

Destarte, é preciso, ainda, cuidado para não tornar a consulta pública em mecanismo de captura do regulador. As alternativas ao princípio da legalidade, em nossa realidade, portanto, não autorizam uma dispensa da legalidade.

Analisados os princípios da legalidade e da separação de poderes, seguimos com o estudo para tratar, de forma mais específica, do tema da atividade normativa da Administração Pública.

---

<sup>88</sup> Ob. cit., pp. 206 e segs.

<sup>89</sup> Ob. cit., *passim*.

<sup>90</sup> Ob. cit., *passim*.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 228. A pesquisa de Egon B. Moreira. Os limites... cit., pp. 203 e segs., em três diferentes agências (ANEEL, ANATEL e ANVISA), também detectou que os procedimentos participativos promovidos pelas agências vêm provocando uma "democratização seletiva".

# PARTE 2: A LEI, O REGULAMENTO, O ATO ADMINISTRATIVO E AS EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE

## *1. SENTIDOS DA PALAVRA LEI*

Ultrapassada a primeira parte do estudo, já é possível avançar especificamente sobre o tema do regulamento. Nesse ponto, o primeiro cuidado foi diferenciá-lo da lei. Serão, pois, indicadas propostas para uma cisão suficientemente clara entre lei e regulamento, abordando os critérios usualmente utilizados na doutrina.

É que não existe possibilidade de se associar ato da Administração e lei. Logo, o primeiro cuidado a ser observado quando se cuida, especificamente, do tema do regulamento é procurar, desde logo, diferenciá-lo da lei.

A palavra lei é muitas vezes usada com um sentido bastante amplo, ou seja, como termo sinônimo de norma, identificando-se outras vezes com a norma escrita. Assim, em seu sentido filosófico, a lei é a expressão da relação necessária que entre os seres. Essa, inclusive, é a definição com que Montesquieu começa seu *O espírito das leis*: "As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas".

Já a lei jurídica é, muitas vezes, definida como critério de justiça. Nesse sentido, a lei é o enunciado de uma relação de justiça entre os seres humanos, dentro de um Estado, seja nas relações entre particulares ou grupo de particulares, seja nas relações desses particulares ou grupo de particulares com o Estado<sup>1</sup>.

Em seu sentido técnico-jurídico, entretanto, o termo lei refere-se a um tipo especial de norma jurídica, àquela que é supremo governo da comunidade. Deve-se, portanto, evitar a conceituação do regulamento como lei material, pois o regulamento não é dotado dessa nota característica da lei. Daí a pertinência em dissertar sobre os sentidos da palavra *lei* evitando confusões ou aproximações indevidas entre lei e regulamento.

---

<sup>1</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios...* cit., pp. 236-7.

### *1.1. SENTIDO FORMAL E MATERIAL DA PALAVRA LEI*

A *lei* é a norma jurídica escrita superior, fruto da atividade parlamentar, que prevalece perante qualquer outra fonte normativa, exceção feita, claro, à Constituição. A lei é norma superior e irresistível. Nada, além da Constituição, pode limitar a lei, porque aquele que pretenda limitar a lei quer se colocar acima dela, sendo uma das características do conceito de lei a sua superioridade hierárquica. Por isso, seu poder de inovação do ordenamento jurídico é dito completo<sup>2</sup>.

Além da indicação desse sentido de lei — manifestação escrita superior derivada da atividade parlamentar —, é usual as distinções do termo lei em seu sentido formal e em seu sentido material. Assim, é utilizado, como critério de classificação, a apuração se a lei é ou não geral e abstrata.

Em sentido formal ou orgânico, lei é o ato do órgão constitucionalmente encarregado de exercer a função legislativa na forma prevista pelo processo legislativo<sup>3</sup>. Nesse sentido, a proposta é definir a lei sem questionar acerca de seu conteúdo, ou seja, pouco importa se o ato é ou não geral e abstrato. É relacionar a lei ao processo legislativo que lhe dá origem<sup>4</sup>.

Já em sentido material, a lei é o ato jurídico emanado do Estado com o caráter de norma geral, abstrata e obrigatória, com a finalidade de regular a vida coletiva<sup>5</sup>. É, portanto, definir a lei pelas notas da abstração, da generalidade e de sua força obrigatória, sem se questionar acerca da origem do ato e de sua forma de produção. Lei em sentido material é a norma que é "dirigida, portanto, a todos e a ninguém em especial"<sup>6</sup>. Uma deliberação tomada, não em consideração de um caso particular e atual, mas para regular todos os casos da mesma natureza, no presente ou no futuro, que possam ser abrangidos pela norma e, portanto, destinada a ser aplicada a todos indivíduos nas condições previstas pelo seu texto<sup>7</sup>.

Calha esclarecer que, em boa verdade, os dois sentidos acima são formais. É que, como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>8</sup>, a chamada lei em sentido material é, na realidade, o sentido formal da lei, isto é, do conteúdo formal da lei. Diz-se formal porque não se vincula a qualquer conteúdo possível da lei. Já a lei formal ou sentido formal é, na

---

<sup>2</sup> Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. *Curso...* cit., p. 116.

<sup>3</sup> Cf. M. Seabra Fagundes. *O controle...* cit., p. 25-6, e Hartmut Maurer. *Direito...* cit., § 4, 8, p. 69.

<sup>4</sup> Cf. André Ramos Tavares. *Curso...* cit., p. 904.

<sup>5</sup> Cf. M. Seabra Fagundes, *ob. cit.*, p. 22, e Hartmut Maurer, *idem, ibidem*.

<sup>6</sup> André Ramos Tavares, *ob. cit.*, p. 905.

<sup>7</sup> J. J. Gomes Canotilho. *Direito...* cit., p. 715.

<sup>8</sup> *Ob. cit.*, pp. 236-7.

realidade, o sentido orgânico de lei. Mas é a identificação da lei pelo seu conteúdo formal, ou seja, o sentido material de lei, que tem justificado uma aproximação entre regulamento e lei. Essa aproximação, contudo, não é desejável.

A exigência de generalidade e abstração da lei explica-se historicamente pela força do pensamento liberal em sua luta contra os privilégios então existentes. É revelador da força da lei como garantia à livre vontade individual. Entretanto, no Estado Social a lei não cumpre apenas a função de garantia, mas é instrumento de implantação de política pública: a lei não perde sua função de garantia, mas ganha novas funções<sup>9</sup>. Embora boa parte da doutrina ainda se mantenha apegada às idéias de abstração e generalidade, deve-se salientar que em nosso sistema não se admitem que sejam criados deveres senão em virtude de leis formalmente aprovadas, o que diminui a importância da diferenciação formal e material de lei<sup>10</sup>. A tendência hoje é uma conceituação de lei vazia no plano material, enfatizando-se a caracterização da lei por meio de sua forma, procedimento e força jurídica<sup>11</sup>.

## *1.2. CONTEÚDO DA LEI: ATO ADMINISTRATIVO NA FORMA DE LEI*

A diferenciação entre sentido formal e material torna-se extremamente tormentosa, na atualidade, em razão da impossibilidade de se definir qual é o conteúdo possível da lei. Tudo o que adquire a forma de lei é lei, ao menos quanto à eficácia e à força de lei. Trata-se de um mandamento, que pode ser geral e abstrato ou singular e concreto. Via de regra, trata-se de mandamento geral e abstrato, mas isso não se dá necessariamente. Excepcionalmente, o Legislativo expede ato concreto e singular pela via legislativa, fenômeno que se tornou mais corrente com a proposta de um Estado interventor. São os casos que Ernest Forsthoff chamou de "leis-medidas" (*massnahmegesetz*), aproveitando-se da distinção feita por Carl Schmitt entre lei e medida<sup>12</sup>. São, pois, medidas legais concretas destinadas a resolver problemas concretos, econômicos e sociais. O ato, então, torna-se imediatamente impugnável pela via judiciária, como se ato administrativo fosse. A doutrina costuma dizer que se trata de ato administrativo travestido em lei ou na forma de lei. Ainda assim, não se pode imaginar

---

<sup>9</sup> Luís S. Cabral de Moncada. *Lei...* cit., pp. 941-2.

<sup>10</sup> Cf., nesse sentido, André Ramos Tavares, ob. cit., p. 905.

<sup>11</sup> Cf., nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 553.

<sup>12</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, pp. 717-8, Almiro do Couto e Silva. *Princípios...* cit., pp. 53-4, e Eros Grau. *O direito...* cit., pp. 254-5.

que essa lei equivale a um ato administrativo comum. Basta lembrar que a Administração pública poderia — caso se tratasse de um ato administrativo ordinário — revogá-lo fundada exclusivamente em razões de conveniência e oportunidade. No entanto, como o ato tem a forma de lei, somente à lei cabe assim fazer. Não se cogita de revogação de ato com forma de lei por outra forma que não a lei formal.

Portanto, não se pode determinar *a priori* qual é o conteúdo possível da lei. Nesse sentido, forma e conteúdo de lei se identificam. Não há conteúdo ou matéria de lei sem forma de lei<sup>13</sup>. Vale advertir que a Constituição de 1988 estabelece a competência do Congresso Nacional para legislar sobre todas as matérias de competência da União. Não se pode falar, portanto, de um conteúdo reservado à lei formal, ou então, se deve falar em reserva total em seu favor.

Chegar a essas conclusões implica admitir a inexistência de limites à prática de atos administrativos — concretos, portanto — pelo Legislativo? A resposta deve ser negativa sob pena de incidirmos em uma tirania legislativa, pois não estaria mais esse Poder obrigado a criar regras iguais para todos.

A questão dos limites à prática de atos administrativos via legislação formal foi analisada por Francisco Clementino de San Tiago Dantas, em estudo no qual, inspirado pela regra do *due process of law* norte-americano, conclui pela vedação da prática desses atos em dissonância com as leis de regência da matéria. Em meados do século passado, San Tiago Dantas já se preocupava com a intervenção do Estado nas relações econômicas e a necessidade da expedição de atos legislativos de conteúdo concreto. Assim, asseverou a necessidade de reconhecermos (a) a natureza ilimitada da atividade legislativa ou, então, (b) firmamos a "doutrina sobre os limites constitucionais da função legislativa, excluindo dela *as leis que não podem ser feitas*, e que, se o forem, não podem lograr aplicação"<sup>14</sup>.

Demonstrou, assim, a impossibilidade de leis formais com conteúdo concreto dissonantes da regra geral prevista para a matéria, tudo por força da consagração da igualdade perante a lei, nota do Estado de Direito. Vale conhecer trecho de seu estudo:

"Quer isto dizer que ao parlamento é lícito reservar para sua esfera de competência certos atos administrativos, como a declaração de utilidade pública e todos os outros que dizem com a sua competência constitucional relacionada com a gestação financeira [refere-se às leis orçamentárias].

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, mas referindo-se ao ordenamento constitucional espanhol que, contudo, se aplica no ponto também ao nosso ordenamento constitucional, v. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 124-5.

<sup>14</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas. Igualdade perante a lei e *due process of law* (1948). In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1953, 2ª edição, 2004, p. 24, os destaques são do original.

Esses atos administrativos são formalmente leis, mas sendo atos *in concreto*, dependem para sua validade de serem conformes as leis gerais preexistentes. Se assim não fosse, estaria atingido o princípio da igualdade, e do mesmo passo se comoveriam os fundamentos do Estado de Direito"<sup>15</sup>.

Em outra oportunidade, San Tiago Dantas declarou a dificuldade para análise dessa matéria, fruto da distinção entre leis formais e materiais. Se o ato, porque revestido na forma de lei, obriga a todos e imobiliza o Judiciário, "a ordem jurídica não disporá de critérios dogmáticos capazes de repelir os atos de arbítrio que atribuam a um o que a todos é vedado ou que contrariamente privem alguém do que a lei geral manda reconhecer a todos"<sup>16</sup>. Encontrou apoio ao seu entendimento nas lições de Carl Schmitt<sup>17</sup>, que destacou a necessidade de se vincular o legislador às leis antes produzidas para a prática de atos concretos, pois a inexistência dessa vinculação tornaria sem sentido a legalidade para aqueles que estão autorizados a fazer "leis arbitrárias"<sup>18</sup>.

É com fundamento nessas considerações de Santiago Dantas que M. Seabra Fagundes vai destacar a impossibilidade de o Legislativo abster-se do respeito às normas abstratas e gerais na expedição de lei de sentido individual. Se assim não fosse, conclui Seabra Fagundes, os direitos subjetivos do administrado ficariam "à mercê de restrições e discriminações capazes de mutilá-lo de morte, ou mesmo extingui-lo"<sup>19</sup>.

Também no entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello "afigura-se inconstitucional qualquer lei individual, isto é, em favor ou contra alguém determinadamente"<sup>20</sup>. Tal possibilidade feriria o princípio da igualdade de todos perante a lei. Assevera, assim, que será perfeitamente constitucional a lei cujo conteúdo formal revele norma geral, abstrata e impessoal. A Constituição portuguesa de 1976, bem por isso, estabelece no seu art. 18.3 que "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

Não se deve deixar de anotar que o mesmo argumento se aplica, com maior razão, às medidas provisórias expedidas pelo Poder Executivo com conteúdo concreto. Não se lhes

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 40

<sup>16</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas. Ato administrativo sob forma de lei [parecer]. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1953, 2ª edição, 2004, p. 55.

<sup>17</sup> A obra de Carl Schmitt citada por F. C. de San Tiago Dantas é *Teoría de la Constitución*, ed. Rev. Dir. Privado, § 13, pp. 161-2.

<sup>18</sup> F. C. de San Tiago Dantas. Igualdade... cit., p. 41, e Ato... cit., pp. 55-6. Cf., ainda, também com a invocação da obra de Carl Schmitt, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Estado...*, pp. 26-7, trecho no qual sustenta que a igualdade se impõe como limite ao próprio legislador.

<sup>19</sup> M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 257, nota 11.

<sup>20</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 244.

admite a completa desvinculação da legislação anteriormente produzida na veiculação de ato concreto, sob pena de inconstitucionalidade por infringência ao princípio da igualdade.

Já sobre as leis excepcionadoras de regra geral, isto é, leis especiais, San Tiago Dantas asseverou a necessidade de uma igualdade proporcional, vale dizer, a lei deve se justificar como um reajuste de situações desiguais<sup>21</sup>. O argumento é bastante semelhante ao critério desenvolvido por Celso Antônio Bandeira de Mello em obra monográfica sobre o princípio da igualdade: o fator de *discrimen* adotado pela derrogação deve guardar relação de pertinência lógica com a desequiparação procedida. Ou seja, deve-se apurar se há justificativa racional para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade formada<sup>22</sup>.

Além da limitação fundada no princípio isonômico, haveria, ainda, um segundo limite para a edição de atos concretos pelo Parlamento. Já destacamos que é possível uma diferenciação formal das funções do Estado. Esse, assim entendemos, é um critério mais apropriado e mais adequado para a compreensão do valor jurídico-formal concedido pelo ordenamento a cada função estatal. Não obstante, tal critério não exclui, em definitivo, uma diferenciação segundo critérios materiais. Segundo essa concepção, cada órgão do Estado pratica atos típicos e atípicos. Mas a prática de atos atípicos por cada órgão encontra limite no núcleo essencial de cada função. Logo, a prática contínua e indiscriminada de atos concretos pela Legislação poderá significar infringência ao princípio da separação de poderes e, por consequência, gerar a inconstitucionalidade da lei concreta. O inverso também pode caracterizar inconstitucionalidade, vale dizer, a prática reiterada e indiscriminada de ato materialmente legislativo pelo Executivo também é capaz de gerar inconstitucionalidade. É o que nos ensina a doutrina de Gomes Canotilho em trecho que merece transcrição:

"A reiterada utilização de «leis concretas» pela assembléia legislativa pode significar a prática de actos administrativos sob a forma de leis, acabando numa deslocação nuclear das funções primariamente competentes do executivo para o âmbito do legislativo. Por outro lado, a sistemática assunção de poderes legislativos por parte dos governos é susceptível de conduzir à concentração de poderes políticos e legislativos no órgão governamental de forma a poder considerar-se nuclearmente lesado o núcleo essencial de funções. Nestes casos, o princípio da separação de poderes pode funcionar com *princípio normativo autónomo* invocável na solução de litígios jurídico-constitucionais<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> F. C. de San Tiago Dantas. *Igualdade...* cit., pp. 43-4.

<sup>22</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1993, 8ª tiragem, 2000, pp. 37-8 e 47.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 252 e nota 17, os destaques são do original. Na nota o autor português destaca que se deve ter em conta justamente a vigorosa polémica no direito constitucional brasileiro acerca das medidas provisórias.

Com efeito, como bem explica outro autor português, cada vez que o legislador desce às minúcias do caso concreto ele perde parte de sua própria condição de legislador, o que explica porque, muitas vezes, não completa totalmente o quadro normativo, e, assim, entrega certa discricionariedade à Administração. Vale dizer, o legislador pode eliminar toda a discricionariedade da Administração, "mas para isso tem de sacrificar a sua própria qualidade de legislador"<sup>24</sup>.

Já indicamos nesse estudo que não existe uma reserva de matérias entregue à deliberação da Administração. Não existe, portanto, uma *reserva dogmática* da Administração, o que não significa dizer que, com fundamento numa distinção material de funções, não se possa sustentar uma *reserva funcional* da Administração Pública ou do Executivo. A lição de Luís Cabral de Moncada explica a compreensão dessa reserva funcional de administração, que não configura uma área livre da intervenção legislativa, mas defere uma preferência à Administração no trato da questão:

"A não existência de limites institucionais à competência parlamentar não invalida, porém, que possam existir limites de outra natureza, desde logo funcionais e que a partir deles se não possa construir um novo espaço de manobra do executivo, dentro, claro está, das estruturas constitucionais actuais e só para elas valendo. É por esta via que o problema parece capaz de apresentar soluções: se o parlamento pode efectivamente legislar sobre qualquer assunto, isso não significa que ele o deva fazer, a querer respeitar o estatuto constitucional do executivo, dotado claramente de um âmbito razoavelmente alargado de competência, que lhe não estão reservadas, no sentido formal em que o estão a favor do parlamento, mas que cabem no raio de acção do executivo, mas que estão funcionalmente adstritas"<sup>25</sup>.

Com efeito, se não é possível declarar que determinada matéria está dogmática ou constitucionalmente reservada à deliberação discricionária do Executivo, isso não significa que o Legislativo é livre para aniquilar, mediante a reiterada prática de atos concretos, o núcleo essencial da função executiva. Isso, por óbvio, gera inconstitucionalidade por infringência à separação de poderes, eis que o caso infringe o núcleo essencial da função típica da Administração e equivale à aniquilação de um órgão de soberania por outro.

É certo também que a hipótese é de difícil caracterização, porque o conteúdo específico da reserva funcional de administração depende justamente do que a legislação lhe defere. A hipótese, portanto, só se verificaria numa situação de anormalidade constitucional, mas fica delineada a hipótese, ao menos no plano abstrato. Também não se pode imaginar — e fique isso bem claro — que caiba ao Executivo o direito de conter a densidade da previsão

---

<sup>24</sup> Afonso R. Queiró. A teoria... cit. [1ª parte], p. 59.

<sup>25</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 370.



legislativa<sup>26</sup>, afinal é a conveniência da lei que fixa os limites do que cabe à função administrativa: o que se justifica, portanto, é só uma diretriz de autocontenção do Legislativo.

A conclusão, portanto, é no sentido de que a prática reiterada e contínua de atos concretos pelo Legislativo encontra limites não só no princípio da igualdade, mas também numa compreensão material do princípio da separação de poderes. Esta hipótese, contudo, não garante nenhuma espécie de reserva dogmática ou formal, mas configura mera diretriz de autocontenção do Legislativo. Logo, cuida-se de uma reserva relativa e precária porque depende do quadro legal. Em síntese: não é uma reserva propriamente dita.

### *1.3. PRINCÍPIOS QUE PRESIDEM A RELAÇÃO ENTRE LEI E REGULAMENTO*

Além de conhecer as diferenças entre lei e regulamento, é necessário conhecer os princípios incidentes na relação entre lei e regulamento. Em especial, há dois princípios que presidem a relação entre a lei e o regulamento, o da primazia da primeira em face do segundo, e o da reserva material e formal da lei. Analisemos, pois, esses princípios na seqüência.

Antes, porém, não devemos deixar de assinalar que esses princípios não são mais que especificações dos princípios da separação de poderes e da legalidade. Com efeito, a primazia da lei é uma decorrência necessária da legalidade, pois a legalidade não passaria de quimera caso o direito produzido pela Administração se equiparasse ao direito produzido no exercício da função legislativa. Já a reserva material e a formal são decorrências da separação de poderes, que veda a delegação de funções, isto é, reserva ao Parlamento o exercício da função legislativa.

#### *1.3.1. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA LEI*

O princípio da primazia da lei estabelece a prevalência da lei em todas as circunstâncias sobre o regulamento que disponha em sentido contrário. "Sempre que em face de uma norma regulamentar se encontra uma lei, aquela cede a esta. Em outras palavras, o

---

<sup>26</sup> Cf., nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 739-40.

regulamento deve ser compatível com a lei. Trata-se do princípio da preferência da lei<sup>27</sup>. Em verdade, o princípio da primazia da lei tem um alcance mais amplo do que a relação entre a lei e o regulamento. Assim, esse princípio determina a primazia ou supremacia da lei sobre todos os demais atos infraconstitucionais, dentre os quais o regulamento. Referido princípio implica uma dimensão positiva e outra negativa em sua compreensão: a primeira dimensão impõe a observância da lei e a segunda estabelece a proibição de violação da lei<sup>28</sup>. Assim, dito princípio determina não só que a Administração não deve contrariar a lei, mas também que não deverá substituir os comandos da lei por suas próprias decisões: deve sempre atuar em conformidade da lei.

Advertimos, mais uma vez, que todas as matérias de competência da União estão reservadas à lei. *A contrario sensu*, não há em nosso ordenamento constitucional uma zona de reserva em favor do regulamento. Logo, o regulamento não pode pretender prevalecer sobre a lei em nenhuma circunstância. O regulamento é limitado e condicionado pela lei. O regulamento pode, pois, complementá-la, mas não pode contrariá-la, excluí-la, limitá-la ou revogá-la. O contrário, sim, pode se verificar. É usual a afirmação de que o campo próprio do regulamento são as questões internas à Administração, mas mesmo nessa hipótese, a lei pode disciplinar por completo a questão retirando toda a possibilidade regulamentar da Administração.

Para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández essa primazia ou preferência se justifica porque a lei é a manifestação da comunidade, enquanto o regulamento é expressão da vontade subalterna da Administração. Assim, essa subordinação do regulamento revela o caráter instrumental da Administração e de seus produtos normativos em relação ao soberano, isto é, ao povo, cujo representante é o Parlamento. Assim como no Brasil, na Espanha não há qualquer reserva em favor do regulamento, o que também autoriza a conclusão desses autores no sentido de que a lei pode disciplinar toda a matéria, retirando todas as possibilidades antes deixadas ao regulamento<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> André Ramos Tavares, ob. cit., p. 447.

<sup>28</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 722.

<sup>29</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 238.

### 1.3.2. PRINCÍPIO DA RESERVA MATERIAL E FORMAL DA LEI

O princípio da *reserva material* da lei estabelece que somente a lei pode regular determinadas matérias. O princípio se desenvolve com amparo na doutrina filosófica de John Locke e J. J. Rousseau para assegurar que a liberdade e a propriedade só serão limitadas por meio de lei formal. As limitações à liberdade e à propriedade somente serão possíveis, portanto, por força da vontade geral<sup>30</sup>.

Sobre o ponto vale lembrar o cuidado em não confundir limitações à liberdade e à propriedade com limitações ao direito de liberdade e ao direito de propriedade. Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Alessi<sup>31</sup>, os direitos são expressões da configuração que o sistema normativo confere à liberdade e à propriedade. Descabe, portanto, falar em limitações aos direitos. As limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de atuação legítima<sup>32</sup>. As leis, portanto, delineiam o âmbito da liberdade e da propriedade, dando forma ou dimensão aos direitos. Bem assim os atos administrativos e regulamentos de *polícia*, ao executarem tais leis, não devem interferir nos direitos à liberdade e à propriedade, mas se limitam a ajustar o exercício do direito aos seus limites legais<sup>33</sup>.

Em nosso ordenamento constitucional, contudo, a questão da reserva tem contornos mais amplos que os antes assinalados, não se restringindo, pois, exclusivamente à questão da liberdade e da propriedade. É que todas as matérias de competência da União já estão reservadas à lei formal por força do art. 48 da Constituição da República, que estabelece a competência do Congresso Nacional para dispor sobre todas as matérias da competência da União. Não há limites materiais à atuação da legislação: há reserva total da lei. Essa forma de reserva, aliás, segundo o registro de Agustín Gordillo<sup>34</sup>, é uma característica dos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Ademais, essa espécie de reserva é tradicionalíssima em nosso direito. É o que nos explica Itiberê de Oliveira Rodrigues. Assim,

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 241-2.

<sup>31</sup> A obra de Renato Alessi citada por Celso Antônio Bandeira de Mello é *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1960, p. 533.

<sup>32</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 768-71.

<sup>33</sup> Não se pode deixar de anotar, ainda que em breve nota, que a expressão poder de polícia é objeto de críticas por parte da doutrina. Uma das mais conhecidas, em nossa doutrina, é a de Carlos Ari Sunfeld. Sua proposta passa pela substituição da noção de poder de polícia pela de *administração ordenadora*, o que não se trata apenas de uma mudança de rótulos, mas de postura metodológica (*Direito...* cit., pp 17-8). Assim, seria preciso compreender que a Administração não possui a faculdade de limitar os direitos individuais, mas apenas disciplina a vida privada como forma de aplicação da lei. Daí o conceito de Administração ordenadora: "é a parcela da função administrativa desenvolvida com o uso de poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio" (*Idem*, p. 20).

<sup>34</sup> *Tratado...* cit., Tomo I, p. VII-7.

já no período colonial, o Direito de Polícia, "o embrião do moderno direito administrativo", era compreendido como atividade infralegal, basicamente de concreção da lei. Na vigência da Constituição de 1824, a doutrina também já assinalava que o modelo jurídico-normativo era de reserva legal total<sup>35</sup>.

Além dessa exigência de completa reserva em favor da lei, nosso ordenamento constitucional traz ainda hipóteses expressas de reserva absoluta da lei. Isto é, casos em que a densidade da previsão legal deve ser total, como ocorrem nas exigências de atendimento ao princípio da tipicidade penal e tributária. Nesses casos, o legislador constituinte explicitou que será inconstitucional qualquer tentativa do legislador de autorizar à Administração ato normativo que procure estabelecer regra complementar ao atendimento das finalidades legais: todas as disposições pertinentes deverão estar previamente previstas na lei formal.

Demais disso, essa completa reserva material em favor da lei implica um princípio de *reserva formal* da lei. Esse princípio é uma decorrência necessária dos princípios da hierarquia normativa superior da lei e da paridade de formas. Assim, se um determinado ato é validamente praticado é preciso um outro ato com a mesma formalidade para retirá-lo do mundo jurídico. Daí se segue que, se uma determinada matéria está regulada pela lei, somente à lei — ou outro ato equivalente ou superior — cabe reformar sua disciplina<sup>36</sup>. Justifica-se, assim, um congelamento do grau hierárquico: se a matéria foi regulada por lei é preciso outra lei para incidir sobre a matéria<sup>37</sup>. Equivale dizer, o regulamento posterior não revoga a lei, como, aliás, dispõe o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>38</sup>. Assim, será preciso, antes, que uma lei revogue a disciplina legal ou determine que, a partir de então, a matéria será regulada em seus termos e nos termos de seu regulamento a ser expedido, revogando indiretamente a lei formal anterior<sup>39</sup>. Também implica dizer que a lei e seu regulamento estão separados e qualitativamente diferenciados: a lei não considera o regulamento parte dela.

---

<sup>35</sup> Itiberê de Oliveira Rodrigues, ob. cit., p. 65.

<sup>36</sup> Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 251.

<sup>37</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 836-7 e 841-2.

<sup>38</sup> Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942): "Art. 2º. Não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que *outra* a modifique ou revogue" (o destaque não é do original).

<sup>39</sup> Cf., nesse sentido, Victor Nunes Leal. Lei... cit., pp. 81-2 e nota 22.

#### *1.4. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE A LEI E O REGULAMENTO*

O regulamento não é uma lei em sentido material. A lei é inovadora, suprema, desde que obedecido o princípio da constitucionalidade, e representa a vontade da comunidade. O regulamento não representa a vontade da comunidade pela simples razão de que a Administração não representa a comunidade, mas é uma organização a serviço da comunidade. Enquanto a lei tem esse caráter inovador completo, o regulamento é executivo ou complementar ao sentido da lei. A lei é suprema e inovadora, já o regulamento é inferior, subalterno, secundário e complementar, gozando exclusivamente da presunção de legitimidade. Daí a correta conclusão de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández de que: "El reglamento tiene de común con la Ley el ser una norma escrita, pero difiere en todo lo demás"<sup>40</sup>.

Algo próximo desse entendimento é o de Marcello Caetano. Para o autor português, o regulamento é "*norma jurídica de carácter geral e execução permanente dimanada de uma autoridade administrativa sobre matéria de sua competência*"<sup>41</sup>. Assim, o regulamento tem afinidade com a lei pela generalidade. Contudo, enquanto a lei é um ato político pelo qual se firma a ordem jurídica superior do Estado, o regulamento é um ato de administração (não confundir com ato administrativo). Portanto, o regulamento não apresenta a característica da novidade no que toca à limitação dos direitos individuais: suas normas apenas desenvolvem ou aplicam outras normas que são, sim, inovadoras. Inclui-se, pois, o regulamento na função executiva. Em verdade, ele disciplina a função executiva dos órgãos que exercem essa função. Por ele se procura coordenar e disciplinar a aplicação da lei, garantindo maior eficiência e certeza do direito<sup>42</sup>.

Já Agustín Gordillo preocupa-se em enfatizar a impossibilidade de se relacionar lei e ato do Poder Executivo. Invoca, inclusive, a definição de lei proposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

"La CORTEIDH define pues como leyes 'la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaboradas según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes', pues 'El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables', es la legislatura electa y no otra la tiene la potestad legislativa"<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 182.

<sup>41</sup> *Manual...* cit., p. 95, destaque do original.

<sup>42</sup> *Idem*, pp. 97-8, e *Principios...* cit., pp. 80-1.

<sup>43</sup> Ob. cit., Tomo 1, pp. VII-5 e I-12. Ele transcreve trecho das opiniões consultivas n. 6 e n. 8 da CIDH, respectivamente.

Não obstante a clareza dessa dicção, alerta o mestre argentino, a resistência da doutrina em admitir que a lei não possa emanar sob nenhuma forma do Poder Executivo. Agustín Gordillo explica, mais a frente, que mesmo na hipótese de o Executivo praticar ato materialmente idêntico à lei, ele é incapaz de exercer a função legislativa em seu sentido técnico jurídico, porque há uma "notória diferencia de régimen jurídico entre la ley y el reglamento"<sup>44</sup>. O autor explica mais: chamar de lei atos do Poder Executivo envolve um uso semântico legitimador, que deve ser abandonado<sup>45</sup>. Por isso, assim nos parece, faz bem a Constituição francesa ao estabelecer, em seu art. 34, que "La loi est votée par le Parlement".

Não podemos deixar de observar, ainda, que as considerações de Agustín Gordillo também se prestam, no caso brasileiro, para explicar as diferenças entre lei e medida provisória. Esta não é lei justamente porque, editada pelo Chefe do Executivo, não segue o processo legislativo constitucional. Não por outra razão, o texto da Constituição da República, no seu art. 62, § 3º, estabelece a necessidade de a medida provisória ser *convertida* em lei, sob pena de perder eficácia. Ora, só se converte em lei aquilo que não é lei. Também nessa trilha, segue o pensamento de Marcelo Figueiredo<sup>46</sup>, que não vê utilidade numa construção que defenda a conceituação de lei como ato normativo que pode ser editado por qualquer órgão.

#### **1.4.1. "OS REGULAMENTOS CRIAM DIREITO"?**

Na doutrina nacional, não é difícil encontrar autores que assentam a diferença entre a lei e o regulamento no fato de que apenas a primeira "cria direito". Exemplo disso, é a tese de Luciano Ferreira Leite, na qual propõe o desprezo pelo critério tanto subjetivo como material "para se afirmar que a única forma possível para se estabelecer a distinção [entre lei e regulamento], consiste na circunstância de que o ato legislativo se constitui em criação do direito"<sup>47</sup>. Também Miguel Seabra Fagundes afirmava em tom categórico que os regulamentos "Não acarretam, não podem acarretar qualquer modificação à ordem vigente"<sup>48</sup>. Assim também, Geraldo Ataliba destacava que "O regulamento não inova a ordem jurídica; vale dizer: nada cria de novo"<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> *Idem*, p. IX-10.

<sup>45</sup> *Idem*, p. VII-5.

<sup>46</sup> *As agências...* cit., pp. 85-8.

<sup>47</sup> *O regulamento...* cit., p. 15.

<sup>48</sup> *Ob. cit.*, p. 23, nota 3.

<sup>49</sup> Decreto... cit., p. 32. Em outra oportunidade, já sob a vigência da Constituição da República de 1988, o autor reafirmou que "O Executivo só tem competência regulamentar (art. 84, IV, 2ª parte, art. 87, II),

Em verdade, parece que essa afirmação pouco explica a diferença entre lei e regulamento quando desacompanhada da explicação acerca do que se entende por criação do direito. Afinal, o enunciado "os regulamentos não criam direito" é ambíguo e não se presta para pautar um critério seguro de diferenciação entre lei e regulamento. Como se evidenciará em seguida, colocar o debate nesses termos pode se revelar contraproducente.

Com a finalidade de evidenciar essa questão, vamos cotejar esse debate com a polêmica acerca da possibilidade de os juízes criarem direito, que foi objeto dos estudos de Genaro Carrió. O professor argentino explica que o enunciado "os juízes criam direito" é um enunciado altamente ambíguo. Nenhum dos termos do enunciado apresenta significação precisa, especialmente o verbo "criar" e seu objeto "direito": a expressão "criar direito" tem um forte significado emotivo, denotando algo grave para a liberdade individual. Dessa forma, a frase pode ser tomada em vários sentidos. O enunciado é, na realidade, pseudodescritivo de uma situação de fato, pois muitos dos desacordos doutrinários desapareceriam caso o enunciado fosse posto em termos mais claros, como nos seguintes exemplos: (a) "em certas circunstâncias, os juízes proclamam sentenças que não são o resultado de uma mera dedução a partir de normas gerais pré-existentes"; e (b) "não é correto que os juízes, seja individualmente, seja como corpo, editem leis". Carrió oferece ainda outros exemplos, que nos dispensamos de repetir. Contudo, não se deve imaginar que toda essa polêmica se deve a um simples desacordo verbal. Quando se declara ou se rejeita o enunciado em questão, explica Carrió, os doutrinadores têm a finalidade de externar um "desacordo de atitude", ou seja, uma oposição de propósitos, aspirações ou desejos. Cuida-se, pois, de um desacordo de atitude sobre (i) o que devem fazer os juízes e (ii) o que devem fazer os juristas ao teorizar sobre a atividade jurisdicional. Assim, aqueles que dizem que "os juízes criam direito", querem destacar que os juízes devem empenhar mais decididamente o plexo de suas atribuições e atuar com clara consciência da importância de sua função; já os juristas deveriam estar mais atentos aos fatos e problemas concretos que surgem na jurisprudência e dedicar menos atenção ao irreal mundo das normas. Os juristas que negam a sentença em questão querem destacar a atitude oposta<sup>50</sup>.

Algo próximo do estudado por Genaro Carrió acontece no debate sobre a possibilidade de criação do direito pelo regulamento. É claro que a aproximação aqui proposta

---

jamais inovadora". Delegação... cit., p. 58. Não obstante, em texto anterior, admitiu que o regulamento poderia ser inovador, nas hipóteses mediante as quais criasse deveres e obrigações para os subordinados do editor do ato ou dos órgãos submetidos à sua tutela, "desde que esses deveres e obrigações sejam instrumentais do 'fiel cumprimento' das leis". Poder regulamentar do Executivo. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.-jun., 1981, ns. 57-58, p. 191.

<sup>50</sup> Genaro Carrió. *Notas...* cit., pp. 105-14.

se ressentido do fato de a atividade administrativa, felizmente, não gozar da mesma eficácia definitiva (trânsito em julgado) da atividade jurisdicional, entretanto, o argumento compensa essa perda mediante a invocação da discricionariedade da Administração. Bem por isso, Almiro do Couto e Silva anota que, quanto à vinculação, o Poder Executivo é "menos livre que o Poder Legislativo, mas se comparado com o Judiciário, goza de uma margem de liberdade incomparavelmente maior"<sup>51</sup>.

Com efeito, embora se verifique certa polêmica na discussão sobre a criação ou não de direito por meio da atividade regulamentar, talvez nenhum jurista julgue incorreto o seguinte enunciado hipotético: "a Administração Pública edita regulamentos, que são normas gerais e abstratas". Também é possível pressupor que poucos serão capazes de julgar incorreta a seguinte sentença hipotética: "a Administração Pública edita regulamentos, mediante os quais pode revelar a interpretação que confere as leis que aplica". Não obstante não se verifique nenhuma polêmica sobre tais enunciados, eles não são mais do que alguns dos possíveis significados do ambíguo enunciado "os regulamentos criam direito", o qual boa parte da doutrina não hesitaria em tachar de falso. Logo, evidencia-se que a discórdia doutrinária é daquele tipo que Carrió, inspirado pela obra de Charles L. Stevenson<sup>52</sup>, chamou de "desacordo de atitude". Vale dizer, é uma divergência sobre (i) o que cabe à Administração Pública fazer e (ii) como os doutrinadores devem desenvolver suas teorias acerca da função administrativa. Assim, os juristas que dizem que "os regulamentos não criam direito" querem enfatizar (i) a excepcionalidade da edição de normas gerais e abstratas pela Administração e (ii) a necessidade da teoria do Direito Administrativo centrar-se na idéia de administração como execução de leis. Já a parte da doutrina que não nega a possibilidade de o regulamento criar direito procura destacar a atitude oposta.

Daí a insatisfação com a diferenciação fundada na mera declaração de que a lei é ato de criação do Direito e os regulamentos não. Ela pouco explica a diferença entre os conceitos em razão da vaguidade do enunciado: o critério não é, pois, suficientemente seguro e pode gerar incompreensões.

Essa é a razão por que parecem mais próximas da verdade as considerações de Diógenes Gasparini. Para diferenciar a lei do regulamento, afirma Gasparini, não basta dizer que a lei é inovadora porque "todo e qualquer regulamento cria direito originariamente"<sup>53</sup>. Por isso, destaca que mesmo os regulamentos de execução são inovadores porque completam e

---

<sup>51</sup> Almiro do Couto e Silva. *Poder...* cit., p. 53.

<sup>52</sup> A obra de Charles L. Stevenson citada por Carrió é *Ethics and Language*, Yale University Press.

<sup>53</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 13-4.



detalham a lei lacunosa. É possível, assim, que o regulamento estabeleça formalidades ou requisitos não previstos na lei, mas necessários para assegurar sua execução. Também não se contenta com a diferenciação orgânica. Explica, então, que a definição deve dar-se em função da competência. Assim, o ato editado segundo uma competência legislativa é lei. Já o ato expedido em função de uma competência regulamentar é o regulamento<sup>54</sup>.

O autor é silente, contudo, quanto à forma de identificar a competência regulamentar e a legislativa, mas acerta — assim entendemos — ao afirmar que o regulamento, ainda que executivo, inova, em alguma medida, mesmo que ínfima, a ordem jurídica. A lição de Caio Tácito não é muito distante dessas considerações: "Lei e regulamento são momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado. Ambos, no entanto, são dotados dos mesmos requisitos de generalidade, abstração e novidade que são próprios à norma de direito"<sup>55</sup>. Também Sérgio Ferraz explica que mesmo o regulamento executivo pode "conter norma *nova*, desde que não contrarie a ordem legal vigente e seja necessária à plena execução do diploma regulamentado"<sup>56</sup>.

Nesse sentido, cumpre lembrar ainda a contribuição da *Stufentheorie*, ou teoria dos graus, por revelar a necessária contribuição individual daquele que executa uma norma: a imperfeição do conhecimento humano exige daquele que executa uma norma que, dentro de certos limites, recrie a própria norma<sup>57</sup>. Bem por isso, Hans Kelsen já destacava incorreção dos que pretendem uma clara distinção entre criação e aplicação do direito:

"É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior"<sup>58</sup>.

É que "as funções jurídicas de produção e aplicação do Direito geralmente coincidem, pois quem aplica produz o Direito e quem o produz está a aplicá-lo"<sup>59</sup>. Assim, ainda que se argumente, de forma correta, que essa inovação regulamentar, em verdade, já

---

<sup>54</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>55</sup> Caio Tácito. Lei e regulamento (1956). In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 477, o grifo não é do original.

<sup>56</sup> Sérgio Ferraz. Regulamento. In: *3 estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 118, o destaque é do original.

<sup>57</sup> Cf., a propósito, Afonso R. Queiró, A teoria... cit. [1ª parte], p. 61, nota 53, trecho no qual diferencia essa contribuição ou consideração individual da discricionariedade. Sobre a reconstrução da norma pelo intérprete, cf. Humberto Ávila. *Teoria...* cit., especialmente, pp. 23-6, e Eros Grau. *O direito...* cit., pp. 38 e segs.

<sup>58</sup> Hans Kelsen. *Teoria...* cit., p. 261.

<sup>59</sup> Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo, 2ª edição, 1993, 3ª tiragem, 2001, p. 15.

estava *virtualmente* prevista na lei, como faz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>60</sup>, não será possível negar que o regulamento traz sempre algo *novo* para o ordenamento, isto é, algo que não estava ainda expresso no texto da lei. Afinal, o regulamento não serve para repetir o que já está disposto na legislação. Se assim fosse, seria um regulamento inútil: se não há um *quid novum* para que se dita a norma? Incisiva, nesse sentido, é a tese de Sérgio Varella Bruna, segundo a qual:

"Assim, podemos concluir, como parece fazer Kelsen, que a edição de regulamentos *ou cria direito novo*, por prescrever comportamento não previsto em lei preexistente (ao menos não disciplinado em todos os seus contornos), *ou é redundante* e desprovida de efeitos, por determinar um comportamento já antes estabelecido"<sup>61</sup>.

Além disso, no atual regime constitucional, sequer a lei ordinária traz um conteúdo totalmente original ou totalmente novo, em verdade, seu conteúdo deve ser reflexo dos valores constitucionais. Segundo Luís S. Cabral de Moncada, a lei, dessa forma, "assume um conteúdo constitucionalmente necessário"<sup>62</sup>. Ou seja, o que disse Oswaldo Bandeira de Mello sobre o regulamento também cabe, em menor medida, claro, para a lei: sua inovação na ordem jurídica já estava virtualmente prevista na Constituição que a lei aplica.

Não obstante, diferentemente do que disse Diógenes Gasparini, cabe deixar claro que somente à lei cabe inovar originariamente, isto é, com fundamento direto no texto da Constituição. É que Gasparini, no regime constitucional anterior, admitia regulamentos autônomos, capazes de regulamentar disposição constitucional<sup>63</sup>. No entanto, é mister lembrar que, na atual sistemática constitucional, quando a doutrina admite, excepcionalmente, a aplicação direta da Constituição pela Administração para expedir ato, no exercício da função administrativa (o que exclui a medida provisória), destaca que se trata de ato plenamente vinculado<sup>64</sup>. Ora, onde não há espaço para juízos discricionários da Administração não há lugar para o regulamento: se a lei já prevê o único modo de atuação possível para a Administração em determinada hipótese, ou seja, se a competência é vinculada, não há espaço para o regulamento<sup>65</sup>. Logo, ao regulamento cumpre intermediar a lei e o ato de aplicação. Só

---

<sup>60</sup> "Segundo a matéria, a diferença está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera. Isso é verdade tanto para o regulamento executivo, que desenvolve a lei para efeito de 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". Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 357.

<sup>61</sup> *Agências...* cit., p. 75, os grifos são do original.

<sup>62</sup> Ob. cit., p. 921.

<sup>63</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 58-9.

<sup>64</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 359.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 326.

assim é possível discernir competência legislativa e competência regulamentar. Nesse sentido, entre outros, André Ramos Tavares:

"Apenas o Poder Legislativo é que goza da faculdade de criar normas jurídicas que inovem originariamente o sistema jurídico nacional. É isso que distingue a competência legislativa da mera competência regulamentar (...) Os decretos regulamentares não se prestam, contudo, à mera repetição da lei, circunstância que lhes conferiria a qualidade de normas inúteis. Os decretos, quando editados, servem para conferir um grau de concretude às normas legais, explicitando-as, tornando-as executáveis pelos órgãos da Administração e pelos particulares"<sup>66</sup>.

É preciso compreender que, como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>67</sup>, as normas primárias, as leis, não esgotam o direito na sua integridade. E, por isso, é necessário o recurso a fontes subsidiárias — que são o costume, o *regulamento* e a instrução —, além de uma fonte complementar, que é a jurisprudência.

Concluimos, pois, que é correto distinguir lei e regulamento pela afirmação de que só à primeira cabe inovar originariamente, isto é, com fundamento direto na Constituição, a ordem jurídica, sem negar, contudo, que ao segundo cabe inovar essa ordem com fundamento na primeira. Vale dizer, o regulamento traz para o ordenamento jurídico algo não expressamente contido nas disposições legais que regulamenta.

No entanto, o que se quer deixar bem assentado é a insuficiência dos critérios materiais para a distinção entre lei e regulamento, questão que não passou despercebida por Victor Nunes Leal. O esquema, explica, é próximo do que acontece com a distinção entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais. Em suma, é o Poder Constituinte que assenta determinada matéria como constitucional, e é o Poder Legislativo que, obedecida a Constituição, diz o que é matéria de lei<sup>68</sup>. Daí a importância que confere ao critério formal de distinção entre lei e regulamento: "porque a hierarquia existente entre lei e regulamento, assim como entre constituição e lei, é *só de natureza formal*"<sup>69</sup>.

Por isso, a principal distinção — porque oferece o critério mais seguro — refere-se à compreensão de que a *lei* é ato do Poder Legislativo, pois nenhum ato da Administração é capaz de receber, de forma própria, isto é, em sentido técnico-jurídico, essa denominação. Então, só é lei aquela derivada do Poder Legislativo, na forma do processo legislativo constitucional. Esse é o critério mais apropriado porque indica de forma própria e precisa o que é lei e, por exclusão, também indica aquilo que não deve ser considerado lei em sentido técnico-jurídico.

---

<sup>66</sup> Ob. cit., p. 449.

<sup>67</sup> Ob. cit. pp. 235-6.

<sup>68</sup> Victor Nunes Leal. *Lei...* cit., pp. 63-5.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 66, o destaque é do original.

#### *1.4.2. O REGULAMENTO NÃO É NORMA INTERPRETATIVA AUTÊNTICA*

Os regulamentos, muitas vezes, propõem-se à tarefa de interpretação da lei. Procuram, dessa forma, explicitar o sentido da lei com a finalidade de melhor viabilizar sua aplicação, especialmente quando o conteúdo da lei é sintético ou ampara conceitos jurídicos indeterminados. Mas a interpretação da lei tanto é tarefa da Administração, para executar a lei, como também do administrado, para ajustar seu comportamento ao previsto na lei. No entanto, só ao Judiciário cabe interpretar de forma definitiva o Direito. Logo, a interpretação da Administração acerca de determinada disposição legal veiculada na forma de regulamento é incapaz de vincular o Judiciário ou mesmo o administrado, que poderá questioná-lo judicialmente<sup>70</sup>.

É que o regulamento não tem valor de lei: quando um ato pode ser equiparado à lei por sua força jurídico-formal, é a própria Constituição que assim o define como faz na hipótese de medida provisória. Então, a Constituição utiliza a fórmula "valor de lei"<sup>71</sup>. E isso não acontece no caso do regulamento. Portanto, a interpretação veiculada em regulamento não é interpretação autêntica da lei.

Aliás, José Cretella Júnior via na interpretação a "finalidade precípua" do regulamento. Utilizava, pois, uma expressão bastante feliz para sintetizar os limites dessa interpretação: "Regulamentar é editar regras ou normas que se limitam a adaptar a atividade humana ao texto e não o texto à atividade humana"<sup>72</sup>.

Bem por isso, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández explicam que não se deve atribuir ao regulamento o valor de interpretação autêntica da legislação. Isso porque a Administração não representa o povo e, portanto, não é legislador. Concluem, então, que: "El juez no está, pues, vinculado por la interpretación que de una Ley haga el Reglamento"<sup>73</sup>.

Também nesse sentido é doutrina de Diógenes Gasparini. Afinal, assim destaca Gasparini, "A única interpretação aceita pelo sistema é a realizada pelo Judiciário, o único a

---

<sup>70</sup> Cf., nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso... cit.*, pp. 337-8, Vicente Ráo. *O direito...cit.*, p. 338, Luís S. Cabral de Moncada, *ob. cit.*, pp. 1.040-5, Victor Nunes Leal. *Lei... cit.*, p. 75, e Geraldo Ataliba. *Decreto... cit.*, p. 25.

<sup>71</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 697.

<sup>72</sup> *Dicionário... cit.*, p. 401.

<sup>73</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *ob. cit.*, p. 100.

dizer a palavra final. Nem mesmo a interpretação levada a efeito pelo Poder Legislativo, chamada de autêntica, é aceita, já que é entendida como nova lei, modificadora daquela dita interpretada"<sup>74</sup>.

Lembre-se, ainda, como já destacava Seabra Fagundes, que a violação da lei também pode ocorrer por má interpretação da lei. Interpretar a lei é questão de legalidade e legitimidade do ato da Administração e não constitui, pois, o seu mérito, judicialmente insidicável<sup>75</sup>.

A interpretação expressa no regulamento, destarte, só vincula aqueles subordinados hierarquicamente ao emissor do regulamento<sup>76</sup>.

Essa conclusão, embora correta, deve ser recebida com temperamentos, especialmente no caso de regulamentos claramente ilegais. Imaginar a existência de um dever de aplicação do regulamento ilegal em função da subordinação equivale a colocar o regulamento no patamar derogatório da lei, o que não se justifica, como explicam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>77</sup>. Efetivamente, a subordinação hierárquica não é razão suficiente para obrigar os agentes a preferir aplicar o regulamento em detrimento da lei. Vale a pena transcrever o argumento dos autores espanhóis para a boa compreensão do argumento:

"El deber de observancia de la Ley y de correlativa inaplicación del Reglamento que la infringe alcanza también —es forzoso repetirlo frente a las creencias habituales— a los mismos funcionarios administrativos. Los funcionarios no están vinculados a los Reglamentos como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino en cuanto que dichos Reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo. No están, pues, obligados a aplicar Reglamentos ilegales en todo caso, porque ello supondría reconocer en los Reglamentos un deber de observancia superior al de la Ley; otro, el que administran los funcionarios, en que esa superioridad no entraría en juego"<sup>78</sup>.

Diógenes Gasparini, no entanto, assevera a obrigatoriedade dos regulamentos ilegais para as autoridades administrativas inferiores. O regulamento só deve, pois, ser revisto pela autoridade que o expediu. Não obstante, assevera que o agente encarregado da aplicação de um regulamento ilegal "deve representar ao seu superior, nos termos do art. 164, c/c o art. 194, VI, da Lei federal 1.711/52, ou nos termos da legislação estadual ou municipal"<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 64-5.

<sup>75</sup> M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 185, nota 127.

<sup>76</sup> Cf., nesse sentido, entre outros, Geraldo Ataliba. *Decreto...* cit., p. 32.

<sup>77</sup> Ob. cit., pp. 226-8.

<sup>78</sup> *Idem*, pp. 227-8.

<sup>79</sup> *Poder...* cit., 1982, p. 70. A Lei 1.711, de 28.10.1952, citada por Diógenes Gasparini, foi revogada pelo art. 253 da Lei 8.112, de 20.12.1990, e os dispositivos mencionados tinham a seguinte redação: "Art. 164. É assegurado ao funcionário o direito de requerer ou representar. (...). Art. 194. São deveres do funcionário: (...) IV – observância das normas legais e regulamentares".

Ora, representar contra o ato ilegal é a forma de o servidor público negar-lhe aplicação. Esta é a forma pela qual o servidor se insurge contra o ato ilegal. Logo, não há como dizer que o servidor é obrigado a cumprir o regulamento ainda que ilegal. Essa é a melhor exegese acerca dos deveres do servidor, pois a lei de regência nega dever de obediência inclusive às ordens diretas manifestamente ilegais, o que dizer de um regulamento. Aliás, é dever do servidor representar contra a ordem ilegal, negando-lhe aplicação, na forma prevista em lei<sup>80</sup>.

Analisando o ordenamento jurídico argentino, Agustín Gordillo explica que a Administração estará invocando sua própria torpeza caso insista em aplicar um regulamento ilegal. Logo, aquele que cumpre o regulamento antijurídico deve ser responsabilizado na forma da lei<sup>81</sup>. É preciso, pois, afastar entendimentos que corroboram a propensão natural do servidor-leigo de inverter a hierarquia normativa, pois:

"El no jurista tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales, etc. El tema es antiguo y no justifica discusión jurídica de nivel teórico serio, pero es cotidiano en la práctica"<sup>82</sup>.

Realmente, a inclinação do servidor é apegar-se aos regulamentos em detrimento da lei. É que a densidade normativa dos regulamentos, geralmente, é muito maior do que a contida na lei, afinal os regulamentos prestam-se justamente a dar concretude e aplicabilidade às leis. Logo, eles indicam de forma mais direta e segura a conduta a ser adotada pelo agente público, que tende a guiar-se pelos regulamentos, deixando de confirmar a legalidade das disposições regulamentares ou, mesmo quando constata a contrariedade, tende a justificar sua postura com fundamento na dicção mais precisa do regulamento.

A solução da questão, ao nosso sentir, exige a distinção entre o juízo do agente público acerca da ilegalidade e a constituição da ilegalidade, e, a partir daí, a cisão entre o dever de representar contra a ilegalidade e o dever de obediência por força do princípio hierárquico.

Há uma clara diferença entre o conhecimento da ilegalidade ou da invalidade de um ato e sua constituição. Nesse sentido, as considerações de Antônio Carlos Cintra do Amaral são bem precisas quando explica a diferença entre o conhecimento, a opinião de que

---

<sup>80</sup> Lei 8.112, de 20.12.1990: "Art. 116. São *deveres* do servidor: (...) III – observar as normas legais e regulamentares; (...) IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; (...) XII – *representar contra ilegalidade*, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa" (os destaques não são do original).

<sup>81</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, pp. VII-24-5.

<sup>82</sup> *Idem*, p. I-36.

determinado ato é inválido e a constituição dessa invalidade. Assim, a rigor, o ato só é inválido no exato momento em que é anulado, antes disso, há apenas uma opinião nesse sentido. O ordenamento jurídico, por isso, qualifica determinado órgão para decidir se determinado ato efetivamente é ou não inválido. Só a manifestação desse órgão é capaz de constituir a ilegalidade. Não existe, pois, ilegalidade de pleno direito, que se pronuncie como que de modo automático. A ilegalidade é um pressuposto, um catalisador, da reação do ordenamento contra a ilegalidade, reação essa que é a constituição dessa ilegalidade<sup>83</sup>.

Também a lição de Hartmut Maurer oferece contributos para a boa compreensão da questão. O autor explica que a ordem hierárquica das normas jurídicas disciplina, claro, a hierarquia e a validade jurídico-material, mas até esse ponto nada diz ainda sobre quem está autorizado a examinar a norma em questão, e, no caso de contradição, comprovar vinculativamente a nulidade<sup>84</sup>. Daí a necessidade de se discutir a capacidade dos funcionários administrativos para exame e rejeição das normas jurídicas.

Dessa forma, fica claro que, no âmbito administrativo-interno, a constituição da ilegalidade é atribuição da autoridade superior, geralmente a mesma que expediu o regulamento. Mas disso não decorre logicamente o dever de obediência, a qualquer custo, do agente público ao regulamento que reputa ilegal. Se, no juízo no agente, o regulamento é ilegal, tem-se ainda mera opinião, incapaz de constituir a ilegalidade, mas já suficiente para que o dever de obediência ao regulamento seja, ao menos, suspenso e passe a existir outro dever: o de representar contra a ilegalidade. Ora, representar contra o ato ilegal é a forma de o servidor negar aplicação ao regulamento que, segundo seu juízo, é ilegal. Esta é a forma pela qual o servidor não só pode, mas deve se insurgir contra a ilegalidade. Logo, não há como dizer que o servidor hierarquicamente inferior é obrigado a cumprir o regulamento ainda que ilegal, ele é obrigado, sim, a representar contra o regulamento. Suspende-se, portanto, aqui o dever de obediência porque não se pode colocar o princípio hierárquico acima do princípio da legalidade.

Essa é a exegese que se harmoniza com os deveres do servidor, pois nossa lei de regência determina o dever do servidor de representar contra a ilegalidade e não o dever de obedecer às ordens manifestamente ilegais (art. 116 da Lei 8.112, de 20.12.1990, já citado). Com efeito, o primeiro compromisso do servidor é com a lei e não com o regulamento. E, por isso, a lei determina ao servidor que represente contra a ilegalidade. A representação, como

---

<sup>83</sup> Antonio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, pp. 61-3.

<sup>84</sup> Hartmut Maurer, ob. cit., § 4, 44-7, pp. 90-4.

dito, é a forma legal de averiguação e constituição da ilegalidade constatada pelo juízo do servidor, ao menos no âmbito interno-administrativo, sem prejuízo de posterior análise jurisdicional da questão. É evidente, também, que tais considerações também se aplicam, com maior força de razão, para a hipótese de regulamento inconstitucional.

Questão diferente é se a ilegalidade constatada pelo agente público irá ou não se constituir, isto é, se a ilegalidade será ou não comprovada de forma vinculante. Assim, caso não se constitua a ilegalidade que o juízo do agente público supôs existir, então, se restabelece o dever de obediência ao determinado pelo superior hierárquico pela via regulamentar, por força do princípio hierárquico. A ilegalidade não se constituiu e se limitou ao juízo do agente público — ela não passava, na realidade, de uma opinião — e, por isso, fica restabelecido o dever de obediência ao regulamento porque, ao menos no âmbito interno-administrativo, a ilegalidade não existiu.

Essa hipótese deve, ainda, ser diferenciada das hipóteses em que cabe direito de resistência do servidor — e também do administrado — ao disposto no regulamento e não apenas o dever de representar contra o regulamento ilegal. O direito de resistir ao regulamento ilegal só cabe nas hipóteses de regulamento inexistente. Ou seja, naquelas hipóteses em que a rejeição do ordenamento jurídico ao regulamento é total porque veiculam ou prescrevem atitudes criminosas ou porque sequer se completou de forma adequada o seu ciclo de formação<sup>85</sup>. Nesses casos, não é simplesmente um dever de obediência que deixa de existir, mas se impõe um dever de não-obediência do servidor, isto é, não só o servidor pode, mas deve resistir, sob pena de se sujeitar à condenação criminal pertinente, porque não incide a excludente de ilicitude prevista no inciso III do art. 23 do Código Penal, nem a excludente de culpabilidade do art. 22, segunda parte, do mesmo código<sup>86</sup>.

Essa compreensão dos deveres do servidor, inclusive, milita em favor da presunção de legitimidade dos atos administrativos, porque confere maior operacionalidade ao controle interno da Administração e coloca todos os servidores como encarregados de zelar pela legalidade dos atos da Administração.

---

<sup>85</sup> Weida Zancaner ensina que: "A maneira pela qual um ato ganha existência jurídica encontra-se estabelecida na própria ordem normativa; assim, não é a simples exteriorização fática condição suficiente para que um ato adquira existência jurídica, embora seja condição necessária" (ob. cit. p. 33). Cf., neste estudo, as considerações postas na nota 70, Parte 2, item 2.3., *infra*.

<sup>86</sup> Código Penal: "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III - em estrito cumprimento de dever *legal* ou no exercício regular de direito" e "Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, *não manifestamente ilegal*, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem" (os destaques não são do original). Em sentido próximo ao do texto, v. a lição de Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 982-7.



Portanto, é forçoso concluir que o primeiro compromisso do servidor é com a lei e não com o regulamento, procurando inibir sua inclinação "natural" para privilegiar o regulamento em detrimento da lei. Qualquer outra conclusão pode provocar uma indesejável inversão da hierarquia normativa.

A conclusão, portanto, é que não existe dever de obediência ao regulamento que, a juízo do agente público, é ilegal. O que existe é o dever de representar contra a ilegalidade. No entanto, a constituição da ilegalidade somente cabe às autoridades superiores, geralmente a que expediu o regulamento. O dever de obediência somente se restabelece na hipótese de não ser constituída a ilegalidade. Já nas hipóteses de regulamentos inexistentes, em face da rejeição total do ato pelo ordenamento jurídico, não apenas há o dever de representar contra a ilegalidade, mas há direito de resistência por parte do servidor à aplicação do ato que, em verdade, se passa por regulamento, mas regulamento não é.

Indicadas as principais diferenças entre o regulamento e a lei, cumpre seguir para procurar evidenciar as particularidades dos regulamentos em face dos atos administrativos em sentido estrito, isto é, dos atos concretos.

## ***2. A DISTINÇÃO ENTRE REGULAMENTOS E ATOS ADMINISTRATIVOS***

A preocupação do estudo em apontar as diferenças entre os regimes jurídicos do ato administrativo e do regulamento justifica-se pelo fato de tornar mais segura e simples a enumeração das limitações próprias dessa função da Administração, pois, desse modo, se reconhecerá mais rapidamente as especificidades inerentes ao regulamento. Então, a diferenciação pode bem servir — ao contrário do que se poderia supor inicialmente — a uma melhor operacionalização do controle dos atos regulamentares em razão da imediata compreensão das especificidades de seu regime jurídico, bem como dos riscos inerentes a essa atuação normativa. Ademais, a preocupação em conhecer as notas distintivas de seus regimes jurídicos também se explica em razão da sua já apontada presença marcante e de sua imprescindibilidade em nosso cotidiano, como bem alertam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández em trecho que merece transcrição:

"No hay, en efecto, posibilidad ninguna de gobernar una sociedad como la actual, cuyas interrelaciones son cada vez más complejas y sutiles, sin una Administración que asegure el mantenimiento de sus supuestos básicos comunes y que disponga para ello de una extensa gama de poderes, uno de los cuales ha de ser, sin duda, según la experiencia universal, tan lejos ya de las razones circunstanciales del «principio monárquico» en que comenzó justificándose, la potestad reglamentaria (...) Guste o desagrade, sean o no grandes los riesgos de una normación secundaria de este carácter, la potestad reglamentaria de la Administración es hoy absolutamente imprescindible"<sup>1</sup>.

Logo, se não é possível reduzir a zero as possibilidades normativas da Administração, ao revés, a complexidade atual torna imprescindível sua atuação, convém conhecer as particularidades do regime jurídico dessa sua forma de atuação, com o fim de melhor aparelhar o administrado contra a sanha normativa da Administração.

### ***2.1. FUNÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS***

Antes, porém, de apontar as notas distintivas dos regimes jurídicos do regulamento e do ato administrativo, é preciso estabelecer algumas premissas acerca do que se compreende por conceito jurídico e qual a finalidade que exercem na ciência jurídica.

---

<sup>1</sup> Ob. cit., p. 186, o grifo não consta do original.

Procuramos nos afastar, de pronto, daquelas concepções segundo as quais os conceitos jurídicos devem revelar a essência ou a *verdadeira* natureza jurídica de determinado instituto jurídico<sup>2</sup>. É preciso compreender que os conceitos jurídicos não são verdadeiros ou falsos. Eles são ou não úteis, porque indicam, de forma própria, os efeitos jurídicos de determinado instituto jurídico<sup>3</sup>.

A linguagem jurídica utiliza termos da linguagem ordinária, pois seu uso eficaz exige que ela seja compreendida pelo maior número possível de pessoas<sup>4</sup>. Bem por isso, apresenta características próprias dessa linguagem natural, entre as quais se destacam a sua textura aberta ou vaguidade potencial. É que muitas palavras não possuem um significado preciso. Elas têm uma zona central, onde seu significado é certo, outra zona exterior na qual sua aplicação já não é tão usual, onde é cada vez mais difícil dizer com precisão se a palavra deve ou não ser aplicada e, enfim, uma zona de certeza negativa, onde a palavra certamente não deve ser aplicada<sup>5</sup>.

Em Direito Administrativo a zona de incerteza é usualmente muito ampla<sup>6</sup>. Daí a imprescindibilidade de se estipular um campo de aplicação mais preciso — ainda que não seja possível uma estipulação totalmente precisa<sup>7</sup> — para se conhecer então o campo de aplicação de determinado regime jurídico e não de outro. Há, portanto, certa margem para uma *liberdade de estipulação*, para que se procure sistematizar e ordenar a atividade administrativa. Mas não se deve confundir essa liberdade com arbitrariedade; não se deve,

---

<sup>2</sup> "Como recuerda ALF ROSS (*Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Abelado-Perrot, 1961, p. 11 y sus remisiones), pertenece al pasado la formulación de preguntas tales como qué es lo que algo 'realmente es' (*op. cit.*, p. 109); ello se vincula a 'la creencia de que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descripto', la que se remonta a la teoría de la definición de ARISTÓTELES, en la cual 'el filósofo se pregunta qué «son realmente» «verdad», «belleza», «bondad», etc. y cree posible establecer definiciones verdaderas' (*Op. loc. cit.*)". Agustín Gordillo, *ob. cit.*, Tomo 1, p. I-18-9. Cf., ainda, Genaro Carrió, *ob. cit.*, pp. 100-3 e 117-8.

<sup>3</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso... cit.*, pp. 349-55, e Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção... cit.*, pp.7-8.

<sup>4</sup> "Nossa linguagem jurídica é substancialmente uma parte da linguagem corrente" (Olivecrona. *Linguagem... cit.*, p. 17). Karl Larenz, por sua vez, explica que "a linguagem jurídica é um caso especial de linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela" (*Metodologia... cit.*, p. 451).

<sup>5</sup> Cf. Genaro Carrió, *ob. cit.*, pp. 31-6 e 49-55.

<sup>6</sup> Vale anotar, contudo, que essa dificuldade de definir com precisão os conceitos não é exclusividade da ciência jurídica. Ela pode acontecer inclusive em ciências pautadas em linguagem mais rigorosa. Basta lembrar o recentíssimo imbróglio na Astronomia envolvendo a definição do conceito de planeta. A questão inclusive mereceu a criação de um inusitado Comitê para a Definição de Planeta montado pela União Astronômica Internacional. O episódio revelou ainda que não só critérios exclusivamente científicos pautavam as definições: conforme relatam as reportagens a seguir referidas, a condição de Plutão como planeta era explicada por condicionantes históricos e também pelo *lobby* norte-americano, pois este era o único planeta descoberto por um pesquisador norte-americano. Cf. SISTEMA solar pode ficar com 12 planetas. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 16.8.2006, Caderno Ciência, p. A-14 e ASTRÔNOMOS decidem que Plutão não é mais planeta. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 25.8.2006, Caderno Ciência, p. A-20.

<sup>7</sup> Genaro Carrió, *ob. cit.*, pp. 69-70, explica que não basta recorrer a novas ou mais palavras para tentar uma definição exata, a incerteza, ainda que possa ser reduzida, é inexorável.

portanto, apartar o conceito de seu significado usual, o que pode gerar má-compreensão ou, numa hipótese radical, o solipsismo<sup>8</sup>.

O realismo jurídico, por sua vez, revelou como o discurso jurídico manipula muitas palavras sem referência semântica, isto é, sem referência a um estado de coisas: seriam palavras "ocas", na expressão de Karl Olivecrona<sup>9</sup>. O discurso normativo utiliza-se daquilo que Alf Ross chamou de "técnica de apresentação". Dessa forma, estabelecem, numa primeira série de regras, os fatos que geram um determinado conceito, e, em outra série, as conseqüências jurídicas relativas a esse conceito. Claro que as normas jurídicas poderiam se expressar sem necessidade de utilizar essa referência: bastaria estabelecer diretamente uma conexão entre cada fato e a sua conseqüência jurídica, dispensando, assim, o recurso ao conceito jurídico. Mas um ordenamento assim concebido seria extremamente complexo e de difícil manipulação diante do número assombroso de normas que seriam necessárias. Daí a necessidade do pensamento jurídico conceitualizar as normas, de forma a reduzi-las a uma ordem sistemática, com o fim de oferecer uma versão do direito vigente mais clara e mais compreensível<sup>10</sup>.

Fica claro, portanto, que os conceitos não são verdadeiros ou falsos, mas valem justamente porque são capazes de fornecer soluções para questões postas. Há certa relatividade na conceituação, o que permite, então, uma constante revisão crítica dos conceitos jurídicos, a fim de que possam fornecer soluções à altura do que deles se espera<sup>11</sup>. Os conceitos não são, pois, mais do que convenções, pontos de referência, aos quais relacionamos determinadas conseqüências que o direito lhes atribui. A cada conceito, portanto, deve, em tese, corresponder um conjunto de normas que formam seu regime jurídico. Por isso, "se o conceito não se cinge rigorosamente ao propósito de captar um determinado regime — cuja composição admite apenas as normas editadas pelo direito positivo e os princípios acolhidos na sistemática dêle — será desconforme com sua própria razão de ser"<sup>12</sup>.

No entanto, não basta qualquer diferença no regime jurídico para se apontar ali a necessidade de diferenciação e de um novo conceito. Como explica Agustín Gordillo, fazendo

---

<sup>8</sup> Cf. Genaro Carrió, ob. cit., pp. 91-5, e Gordillo, ob. cit., Tomo 1, pp. I-14-21.

<sup>9</sup> Ob. cit, pp. 47 e segs.

<sup>10</sup> Alf Ross. *Tû-Tû*. Tradução de Edson L. M. Bini. Prefácio de Alaôr Caffé Alves. São Paulo: Quartier-Latin, 2004, pp. 28-42. V. também Karl Olivecrona, ob. cit., pp. 93-5, trecho no qual analisa a função técnica da expressão "direito subjetivo" e utiliza a figura do "entroncamento ferroviário" para retratar o papel desempenhado pela noção de direito subjetivo: "Sem o entroncamento, seria necessário construir muitíssimas linhas diretas para conectar os pontos terminais de ambos os grupos" (ob. cit., p. 95)

<sup>11</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 8-9.

<sup>12</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. O conteúdo do regime jurídico-administrativo... cit., p. 57.

uma releitura do princípio lógico da identidade, "Posiblemente no hay dos cosas en el universo que sean exactamente iguales en todos los aspectos", bem como "probablemente no haya dos cosas en el universo tan diferentes entre sí que no tengan algunas características comunes, de manera que constituyan una base ubicarlas dentro de una misma clase"<sup>13</sup>. O critério, portanto, para se procurar distinguir esse plexo de efeitos jurídicos, que caracteriza dado conceito jurídico, deve ser, pois, o da utilidade dessa diferenciação porque logramos encontrar diferenças *substanciais* entre dois institutos. Em outras palavras, o regime jurídico de cada tipo de ato jurídico é suficientemente díspar para tornar operacional ou útil a distinção processada. "Si un grupo de cuestiones reciben sustancialmente igual régimen jurídico, entonces será conveniente agruparlas en una misma definición"<sup>14</sup>. A definição que se oferece deve, então, corresponder a uma adequada metodologia e a uma satisfatória sistematização da realidade do regime jurídico da função administrativa<sup>15</sup>.

Feitas tais considerações preliminares, convém analisar os autores que não professam a distinção entre regulamento e ato administrativo. Esse exercício já evidenciará algumas dificuldades resultantes da tentativa de aproximar esses atos da Administração e, por consequência, revelará a utilidade da separação.

## 2.2. DIFICULDADES DECORRENTES DA INDIFERENCIAÇÃO

Na doutrina nacional, Diógenes Gasparini inclui o regulamento no conceito de ato administrativo. Para esse autor os atos da Administração podem ser ajurídicos, isto é, atos materiais que não produzem efeitos jurídicos, e jurídicos. Entre os atos jurídicos da Administração há atos regrados pelo direito privado e atos administrativos. E, ao definir o ato administrativo, indica o envolvimento da Administração na relação jurídica como parte nela diretamente interessada, como uma de suas notas características<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, p. I-21.

<sup>14</sup> *Idem*, p. I-20.

<sup>15</sup> *Idem*, p. X-1.

<sup>16</sup> Para sua definição de ato administrativo, Diógenes Gasparini buscou arrimo na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, dando, pois, a seguinte definição de ato administrativo: "Assim, ato administrativo é para nós 'toda manifestação de vontade, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas, e como parte diretamente interessada numa relação jurídica, em obediência à lei e sob o fundamento de cumprir as finalidades assinaladas no sistema normativo' (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Documento n. 50*", editado para o I Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUCSP, 1972, p. 15)" (Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., p. 6). Em obra mais recente, define "ato administrativo como sendo toda prescrição unilateral, juízo, ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de

Os atos administrativos, por sua vez, subdividem-se em executivo, que são os atos concretos, e os normativos, que são abstratos. Os regulamentos, assim como as portarias, instruções e regimentos, são, pois, atos administrativos normativos. Define, então, regulamento como "ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei, para desenvolvê-la ou para regular matéria a ele reservada"<sup>17</sup>.

A inclusão dos regulamentos, portarias, instruções e regimentos no conceito de ato administrativo normativo, na obra de Gasparini, mostra uma inconsistência, quando do cotejo desses institutos com sua definição de ato administrativo. É que o autor define ato administrativo como manifestação da Administração como "parte diretamente interessada numa relação jurídica". Ora, nesses atos normativos a Administração Pública não é parte *diretamente interessada* numa relação jurídica. Aliás, André Gonçalves Pereira afirma que a diferença fundamental entre regulamento e ato administrativo que justifica a distinção "É que o regulamento é mediato em relação ao administrado, enquanto que o acto administrativo é *imediato*, projectando-se directamente na esfera jurídica do administrado"<sup>18</sup>. Nessas circunstâncias, a sua tese de que os atos normativos da Administração são atos administrativos fica inconsistente, além de revelar a associação usual, e por vezes inconsciente, do termo "ato administrativo" aos atos de conteúdo concreto<sup>19</sup>.

Também Luciano Ferreira Leite inclui o regulamento no conceito de ato administrativo. Define o regulamento como ato complementar à lei de repetidas aplicações nos quais se reiteram as hipóteses nele previstas<sup>20</sup>. O autor se preocupa, inclusive, em destacar que "Caso não tivéssemos o cuidado de alojar o regulamento como espécie de ato administrativo, seria possível admitir-se a expedição de ato regulamentar sem previsão legal"<sup>21</sup>.

As considerações do autor, assim entendemos, confundem regra e ato de aplicação, norma abstrata e norma concreta. Ora, se o regulamento é o ato cuja aplicação se repete, a

---

suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário" (Gasparini. *Direito...* cit., p. 60).

<sup>17</sup> *Poder...* cit., p. 6, e *Direito...* cit., pp. 119-20.

<sup>18</sup> André Gonçalves Pereira. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p. 82, os destaques são do original.

<sup>19</sup> Como destaca José Roberto Pimenta Oliveira é "a concreção, e não a abstração, outra qualidade ínsita da voz ato administrativo (*Os princípios...* cit., p. 239).

<sup>20</sup> Julgamos oportuna a transcrição do trecho em questão: "Os regulamentos se constituem, tanto quanto as demais categorias, (atos individuais quanto aos destinatários ou concretos quanto a estrutura) em comandos complementares da lei, provendo, no entanto, ao contrário dos atos concretos, repetidas aplicações, na medida em que se reiterarem as hipóteses nele previstas" (ob. cit., p. 12).

<sup>21</sup> *Idem*, p. 15.

impugnação judicial individual contra o regulamento deveria implicar certamente na expulsão do ato do ordenamento jurídico, afinal é o mesmo ato cuja aplicação foi repetida. Mas isso, efetivamente, não acontece. E não acontece porque a parte impugna o ato concreto de aplicação do regulamento, isto é, o ato administrativo, e apenas incidentalmente discute-se a legitimidade do regulamento abstratamente considerado. É possível dizer mais: se o regulamento é o ato cuja aplicação se repete, sua revogação poderia infringir o ato jurídico perfeito ou, quando não, o princípio isonômico, pois o administrado faria jus àquela norma concreta aplicada em hipótese idêntica a atual. Contudo, é o próprio Luciano Ferreira quem destaca a faculdade discricionária da Administração para revogar o ato<sup>22</sup>.

Também não se justifica a inclusão do regulamento como ato administrativo para compreendê-lo como ato submetido à lei. Isso porque o regulamento é exercício da função administrativa, atividade plenamente vinculada à lei, e isso basta para submetê-lo à legalidade. Ademais, é necessário anotar que, como acabamos de ver, Diógenes Gasparini incluía o regulamento no conceito de ato administrativo e nem por isso deixou de reconhecer regulamentos autônomos. Não há, pois, a relação necessária criada pelo autor.

Ainda na doutrina nacional, a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que o regulamento não se enquadra em um conceito estrito de ato administrativo. Trabalha, assim, com dois conceitos de ato administrativo, um amplo — no qual se ajusta o regulamento — e outro estrito, que se caracteriza por ser um comando concreto complementar da lei<sup>23</sup>. Logo, numa acepção estrita, para Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo corresponde a seguinte noção:

"declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional"<sup>24</sup>.

Essa proposta de sistematização, com a devida vênia ao professor, não nos parece a mais operacional. Distinguir o ato administrativo do regulamento, em atenção às diferenças desses institutos jurídicos, que têm conseqüências jurídicas díspares, nos parece o critério mais apropriado porque evidencia as peculiaridades do regulamento. Tanto assim que o mesmo autor dedicará um capítulo próprio ao regulamento em seu *Curso* (capítulo VI) e outro ao ato administrativo (capítulo VII). Ademais, antes de analisar cada uma das "vias técnico-jurídicas de ação administrativa", o referido autor destaca seis modalidades de atuação

---

<sup>22</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>23</sup> *Curso...* cit., pp. 354-60.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 360.

infralegal da Administração: (i) os atos unilaterais, gerais e abstratos, dentro os quais salienta-se o *regulamento*; (ii) os atos unilaterais e concretos, isto é, os atos administrativos; (iii) o processo ou procedimento administrativo; (iv) os contratos administrativos; e (vi) a licitação<sup>25</sup>.

A proposta de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é semelhante à antes exposta. Ao discorrer sobre o ato administrativo, explica que o conceito deste se opõe ao de ato da Administração Pública. Este abrange qualquer ato jurídico da Administração Pública, seja expedido no regime de Direito Privado, seja expedido no regime de Direito Público. O conceito de ato administrativo, dessa forma, restringe-se aos atos jurídicos dos órgãos administrativos em que há manifestação de vontade autoritária estatal. Logo, em um conceito amplo, ato administrativo pode abrigar atos normativos — gerais, abstratos e impessoais — como atos executivos — individuais, concretos e pessoais. Não custa anotar que esse conceito de ato administrativo incluía também a *lei*, porque Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entendia que a atividade de legislar fazia parte da função administrativa: administrar é programar a ação e executá-la, a ação só se justifica por critérios de controle do exercício do Poder, conforme sua lição. Logo, só se exclui do conceito de ato administrativo, como manifestação da vontade autoritária do Estado, o ato jurisdicional. Contudo, o autor não deixa de reconhecer, que o uso tradicional e comum da expressão corresponde ao ato executivo, individual, concreto e pessoal. Bem por isso, o seu conceito de ato administrativo traz estas características, embora o autor não deixe de externar a preferência por chamar este ato de executivo como espécie do gênero ato administrativo<sup>26</sup>. Assim, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em sentido material ou objetivo, o ato administrativo pode ser definido:

"como manifestação da vontade do Estado, enquanto poder público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito. Já no sentido orgânico-formal, ou subjetivo, se pode conceituá-lo como ato emanado de órgãos encarregados da Administração Pública, compreendendo integrantes do Poder Executivo, ou mesmo dos outros, desde que tenham a mesma estrutura orgânico-formal daquele, como sejam as Secretarias do Legislativo e do Judiciário"<sup>27</sup>.

Realmente, não é sem razão que o sentido usual e comum do conceito de ato administrativo esteja relacionado ao ato concreto. Luís S. Cabral de Moncada explica que o patrono do conceito de ato administrativo é Otto Mayer para quem o ato administrativo era

---

<sup>25</sup> *Idem*, pp. 311-2.

<sup>26</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 24-33 e 460-3.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 463.



um ato de execução da lei para o caso concreto, à semelhança de uma sentença. Nessa compreensão também se assenta a caracterização da Administração como executora da lei<sup>28</sup>.

Então, será que basta conhecer as diferenças e reduzir o problema a uma questão terminológica? André Gonçalves Pereira assevera que não. Oferece, assim, a correta percepção do problema:

"A terminologia, precisamente porque é convencional, desempenha uma função — e essa função é a designar com o mesmo nome coisas idênticas e com nomes diferentes coisas diferentes (...) Portanto o problema cifra-se nisto: o regulamento e o acto administrativo concreto têm regimes jurídicos diferentes, que justifiquem a construção de um conceito autónomo para cada um, e portanto sua designação por nomes diversos?"<sup>29</sup>

Portanto, a sistematização mais operacional — e não a única correta — é a que nos remete a melhor compreensão acerca da função administrativa e das peculiaridades de cada atividade administrativa. Daí a proposta de diferenciação entre regulamento e ato administrativo. Inclusive para facilitar a defesa contra a crescente atividade normativa da Administração. Torna-se, pois, útil o conhecimento do regime jurídico peculiar do regulamento em razão de sua presença mais constante em nosso cotidiano. É mister prosseguir com estudo para tentar alinhar o pensamento daqueles doutrinadores que professam uma sistematização da função administrativa nesses moldes.

### 2.3. NOTAS DISTINTIVAS ENTRE REGULAMENTO E ATO ADMINISTRATIVO

Na doutrina estrangeira, destaca-se a posição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández na distinção entre regulamentos e atos administrativos. Para esses autores, "el Reglamento no es ni una Ley material ni un acto administrativo general; es sin duda un *quid aliud* frente a esas dos instituciones más comunes y conocidas"<sup>30</sup>. Não é possível, portanto, definir o regulamento como um ato administrativo geral e abstrato e lhe aplicar toda a teoria do ato administrativo. Os autores afirmam que os poderes (*as potestades*) da Administração são de cinco classes: regulamentos, ato administrativo *stricto sensu*<sup>31</sup>,

---

<sup>28</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 111-2 e nota 130.

<sup>29</sup> André Gonçalves Pereira, ob. cit., p. 81.

<sup>30</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 187.

<sup>31</sup> "Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria". Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 550.

contratos<sup>32</sup>, exercício da coação<sup>33</sup> e atividade técnica da Administração<sup>34</sup>. Seria possível estabelecer uma teoria geral das quatro primeiras classes, mas essa teria um grau de abstração excessivo, tornando difícil a compreensão de classes tão diversas<sup>35</sup>.

É preciso, pois, distinguir. E a distinção mais óbvia é que o ato administrativo é mera aplicação do ordenamento e o regulamento forma uma parte — secundária, é verdade — desse ordenamento. O ato administrativo é concreto, pessoal e individualizado; o regulamento é geral, impessoal e abstrato.

Nesse sentido, o critério proposto por Marcello Caetano, que se pauta nessa relação singular/geral: "O regulamento, embora seja um acto jurídico unilateral de Direito Público dimanado de um órgão da Administração Pública, contém *normas gerais*, ou seja, preceitos de carácter genérico e de aplicação permanente". Já sobre o ato administrativo diz: "O acto administrativo, pelo contrário, produz efeitos jurídicos *num caso concreto*"<sup>36</sup>.

Mas esse critério de correlação singular→ato administrativo e geral→regulamento não é capaz de resolver todas as hipóteses. É que não há apenas uma diferença quantitativa, mas sim de grau: o regulamento cria ou inova direito objetivo e o ato administrativo aplica esse direito objetivo a uma situação concreta<sup>37</sup>. E essa diferença fica evidente quando se imagina um ato administrativo com destinatário incerto, como na hipótese de um anúncio de licitação.

---

<sup>32</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam que não há um regime jurídico unitário para o contrato administrativo. Por isso preferem, no lugar de apresentar uma definição do contrato administrativo, expor os contratos previstos na legislação espanhola que formam uma pluralidade de figuras diferentes (ob. cit., pp. 731-2).

<sup>33</sup> A coação administrativa ou ação direta da Administração deriva da singular posição da Administração cuja coação é coação legítima. Assim, ela pode impor por sua própria autoridade a execução forçada de seus direitos e com isso produzir de maneira válida uma alteração da situação possessória. Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 781-2.

<sup>34</sup> A atividade técnica é uma atividade material que não produz efeitos jurídicos nem altera nenhuma situação jurídica. São exemplos a vigília da polícia, a construção de estradas e o atendimento aos enfermos nos hospitais públicos. Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 823.

<sup>35</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 493-4.

<sup>36</sup> Marcelo Caetano, *Princípios...* cit., p. 97.

<sup>37</sup> Norma de direito objetivo é a norma que disciplina a ação. É uma diretriz que vive fora da pessoa titular da faculdade conferida. Assim, o direito objetivo, explica Vicente Ráo, forma um complexo de normas impostas às ações humanas nas relações externas, feitas valer pela autoridade do Estado, a fim de garantir aos indivíduos e à comunhão social a consecução de seus fins (ob. cit., pp. 215-6 e nota 1). Segundo Hartmut Maurer, o "direito objetivo forma a soma dos preceitos jurídicos; ele fundamenta deveres jurídicos e, eventualmente, seus direitos subjetivos" (ob. cit., § 8, 3, p. 175). Direito objetivo, em síntese, "É a *regra social obrigatória* imposta a todos (...)" (De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, 2004, verbete "direito objetivo", p. 474, 1ª col., destaques do original). V., ainda, Léon Duguit: "O *direito objetivo* ou a *regra de direito* é a norma de conduta que se impõe aos indivíduos que vivem em sociedade, norma cujo respeito se considera, em dado momento, pela sociedade, como a garantia do interesse comum e cuja violação determina reação coletiva contra o autor de tal violação" (*Fundamentos...* cit., p. 3).

Assim, para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, o critério mais seguro é apurar se o ato se integra ao ordenamento. Caso o ordenamento jurídico continue o mesmo antes e depois da produção do ato, então são atos aplicativos do ordenamento e não inovadores. Bem por isso, explicam os autores espanhóis, o poder regulamentar não cabe a qualquer órgão da Administração, mas, tão-somente, àqueles a quem o ordenamento confere esse poder. Afinal, ele não se confunde com o ato administrativo amplamente conferido aos órgãos da Administração<sup>38</sup>. Sobre a diferenciação entre ato administrativo e regulamento, lembram que a vedação ao arbítrio deve ser mais rigorosamente exigida no que se refere aos regulamentos. É que a infringência ao princípio da vedação de arbítrio nos regulamentos se perpetua e se multiplica no tempo, sendo mais grave. E, por isso, destacam que "Los Reglamentos constituyem hoy, sin duda, la mayor amenaza de la libertad"<sup>39</sup>.

Mas também não basta dizer que o regulamento é norma, enquanto o ato administrativo não tem natureza de norma, como faz André Gonçalves Pereira<sup>40</sup>. Isso porque esse argumento não vale para aqueles que — como Kelsen<sup>41</sup> — vêem o ordenamento jurídico como uma estrutura escalonada infra-supra-ordenada de normas. Nessa perspectiva, tanto a sentença como o ato administrativo — assim como o regulamento — são normas porque são prescrições de conduta<sup>42</sup>. Daí o cuidado em assentar que o regulamento é norma de direito objetivo e o ato administrativo não. O regulamento, portanto, integra o ordenamento jurídico objetivo, enquanto o ato administrativo não. O regulamento é abstrato e tem eficácia *erga omnes*, já o ato administrativo, não. Bem por isso, André Gonçalves Pereira não deixa de anotar essa crítica ao seu pensamento; é o que se extrai de sua consideração posta na nota 16 do mesmo trecho já citado. Razão pela qual não deixa de afirmar que a distinção deve se pautar no conteúdo, que deve conter comandos não-individualizados, aplicáveis em todas as hipóteses em que se verifica a previsão.

Então, vislumbra-se o fundamento da diferenciação e que também separa o regulamento do contrato administrativo: o caráter ordenador (*ordinamental*), criador de direito que possui o regulamento. Já o ato administrativo — e também o contrato administrativo — são atos ordenados, se limitam a aplicar o direito. Por isso, ato

---

<sup>38</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 187-189 e 554.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 204. Em sentido aproximado, Agustín Gordillo assegura que o regulamento é uma fonte perniciosa de ilegalidade e injustiça (ob. cit., Tomo 1, p. VII-15).

<sup>40</sup> Ob. cit., pp. 84-5.

<sup>41</sup> Ob. cit., pp. 260 e segs.

<sup>42</sup> Cf., nesse sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção...* cit., p. 36, e, do mesmo autor, Conceito e elementos do ato administrativo. *Revista de direito público*. São Paulo, nov.-dez., 1974, n. 32, p. 8.

administrativo e regulamento diferem em pontos substanciais<sup>43</sup>. O regulamento é ato ordenador e por isso criador de direito — porque cria norma de direito objetivo — já o ato administrativo é ato compreendido como exclusivamente ordenado.

Em verdade, em nosso ordenamento constitucional, o regulamento apresenta uma composição híbrida nesse aspecto. Em função da concepção de legalidade posta em nosso ordenamento e da completa reserva em favor da lei, o regulamento é, ao mesmo tempo, ato ordenado — porque inconstitucional a hipótese de regulamento com inovação originária do ordenamento jurídico — e ato ordenador — porque não se presta a simplesmente repetir as disposições da lei.

Contudo, a lição de alguns doutrinadores não é nesse sentido. Valemo-nos, mais uma vez, de Seabra Fagundes: ele não admite qualquer ato de criação do direito no exercício da função administrativa. É clássica sua lição de que administrar é aplicar a lei de ofício. Assenta, assim, que:

"Os atos jurídicos, por meio dos quais se exerce a administração não *constituem* o direito. Não são atos de formação da regra jurídica. *Criam* situações jurídicas individuais e, nesse sentido, se poderá dizer que fazem nascer direitos, como atos jurídicos que são. Mas, entre criar direitos (situações jurídicas pessoais) e criar direito (lei, situação jurídica geral e abstrata), não é possível estabelecer identidade"<sup>44</sup>.

Realmente, essa conclusão é coerente com a sua definição de função administrativa inspirada na doutrina de Gabino Fraga: "aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para sua formação e pratica atos materiais"<sup>45</sup>. Bem por isso, sustentava que faltava ao regulamento o caráter de novidade: não deveria o regulamento acarretar qualquer modificação à ordem jurídica vigente, limitando-se a pormenorizar as condições de modificação originária da lei<sup>46</sup>. O regulamento seria apenas um ato de cooperação para a produção de um efeito jurídico ulterior. Os regulamentos ligar-se-iam por *dependência* ou *correlação* a certos efeitos jurídicos<sup>47</sup>.

Não obstante a incontestável autoridade de Seabra Fagundes, não aderimos à sua tese, fundamentalmente, por duas razões.

---

<sup>43</sup> Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 494.

<sup>44</sup> M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 8, nota 8, os grifos são do original.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 8. A referência indicada por Seabra Fagundes é Gabino Fraga Junior. *Derecho Administrativo*, 1934, p. 55, n. 51. Vale cotejar as definições de administração e constatar a proximidade. Segundo o autor mexicano citado por Seabra Fagundes, a administração "es una actividad del Estado que se realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales, o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales".

<sup>46</sup> M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 23, nota 3, e p. 26, nota 6.

<sup>47</sup> M. Seabra Fagundes, ob. cit., pp. 23, nota 3, 26, nota 6, e 42, nota 45.

A primeira se refere à impossibilidade de se considerar o regulamento um ato jurídico não-inovador, em alguma medida, da ordem jurídica. Tanto assim que é o próprio Seabra Fagundes quem alerta para o seguinte ponto: "todo ato jurídico (e, conseqüentemente, também o ato administrativo) implica modificar situação jurídica anterior"<sup>48</sup>. Mais a frente o mesmo autor destaca: "Em alguns casos, a obrigação pública nasce unicamente da lei. Noutros casos, o texto legal é a fonte mediata, vindo o ato administrativo como fonte direta"<sup>49</sup>. Ora, se o regulamento não acrescenta nada à lei, ele é inútil ou redundante: o regulamento se aproximaria, dessa maneira, do juridicamente irrelevante, não se ajustando sequer ao conceito de ato jurídico. Portanto, também ele modifica a situação jurídica que lhe era anterior e, com certeza, não modifica a situação jurídica de uma só pessoa ou de uma determinada circunstância concreta, mas do próprio ordenamento jurídico. Vale dizer, nesse sentido, cria direito para uma situação jurídica geral e abstrata. Remetemos, nesse ponto, ainda, às considerações postas na Parte 2, item 1.4.1., *supra*.

A segunda se refere ao fato de que, conjugando a consideração acima e sua definição de função administrativa, é inexorável a conclusão de que a função regulamentar não seria uma forma de exercício da função administrativa. Afinal, ela não é execução material nem determina uma situação jurídica individual. Logo, é melhor concluir no sentido de que os regulamentos criam norma de direito objetivo (abstrata) no exercício de função administrativa, e, desse modo, incluir o conceito de regulamento na função administrativa, isto é, na função que é subordinada à lei.

Outras diferenças entre regulamento e ato administrativo são apontadas por Agustín Gordillo. Este, dos autores pesquisados, é aquele que mais insiste na diferenciação entre ato administrativo e regulamento, além de ser capaz de indicar o maior número de notas distintivas desses institutos. Segundo esse autor podemos oferecer uma definição elementar de ato administrativo: declaração realizada no exercício da função administrativa que produz efeitos jurídicos diretos. Essa seria uma definição correta, mas padeceria de um erro metodológico e prático, pois seria muito ampla e vaga. Daí propor a distinção entre ato, fato, contrato e regulamento. Não quer com isso negar que o regulamento e o contrato sejam atos de feições administrativas, mas unicamente opta, por razões de metodologia, de praticidade e utilidade, pela distinção. Daí também não ter procedência o argumento segundo o qual os

---

<sup>48</sup> *Idem*, p. 24, nota 4.

<sup>49</sup> *Idem*, pp. 256-7.

regulamentos não têm caráter legislativo e por isso seriam atos administrativos. É que por razões metodológicas e didáticas se justifica a não-sobreposição dos conceitos<sup>50</sup>.

Podemos extrair da lição do autor argentino ao menos quinze diferenças entre o regime jurídico do ato administrativo e o do regulamento. Ei-las: (1) notificação e publicação: o ato administrativo exige conhecimento certo, salvo citação por edital, já o regulamento adquire eficácia oito dias depois de sua publicação, o conhecimento é ficto; (2) hierarquia normativa do regulamento sobre o ato administrativo, pois toda decisão deve estar conforme uma regra geral, ou seja, conforme o regulamento; (3) só o ato administrativo pode gerar coisa julgada administrativa, enquanto o regulamento pode amplamente ser revogado por razões de ilegitimidade; (4) a exigência de motivação não é aplicada com o mesmo rigor no regulamento; (5) a audiência prévia, na hipótese de regulamento, só se faz por meio de audiência pública; (6) só no ato administrativo se pode cogitar de hipótese de silêncio; (7) o poder de emissão de ato administrativo é amplo, já o poder de emitir regulamento é restrito; (8) efeitos da interposição de recurso: a possibilidade de suspensão só se aplica ao ato administrativo; (9) só para os atos administrativos haveria possibilidade de efeito retroativo quando do saneamento de suas nulidades; (10) a lei admite efeito retroativo na substituição de outro ato administrativo revogado, ou na hipótese favorável ao administrado; (11) só o regulamento pode ser fonte de competência; (12) quanto à impugnação, ela é *sine die* para o regulamento, enquanto o prazo inicia-se a partir da aplicação no caso de ato administrativo, entre outras distinções acerca da autoridade competente para conhecer da impugnação e da infringência de direito subjetivo ou interesse legítimo; (13) quanto ao procedimento de elaboração: apenas o regulamento e os "grandes projetos" exigem audiência pública; (14) o fim do procedimento de impugnação, na hipótese de ato, geralmente dá-se pela expedição de outra resolução concreta, enquanto é excepcional o término do procedimento pela emissão de novo regulamento; e, finalmente, (15) só os atos administrativos são diretamente impugnáveis na via jurisdicional, os regulamentos, em princípio, não<sup>51</sup>.

Afora a indicação dessas notas distintivas, Agustín Gordillo ainda destaca a conveniência dessa distinção. É que muitos autores incluem o regulamento no conceito de ato administrativo para depois indicar o regulamento como fonte de Direito Administrativo sem

---

<sup>50</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, pp. X-7-8.

<sup>51</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 3 (el acto administrativo), pp. IV-4-15. Cf., ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 355, nota 8, onde enumera as diferenças entre ato administrativo e regulamento apontadas por Agustín Gordillo em *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 101 e segs.

explicar, contudo, os problemas resultantes do poder regulamentar<sup>52</sup>. O autor argentino esclarece, ainda, que a cisão não significa negar que o regulamento é um ato de feições administrativas, mas unicamente opta pela distinção por razões metodológicas, de praticidade e de utilidade.

Diante dessas particularidades do regulamento, apontadas em especial pela doutrina estrangeira, é preciso agora verificar as diferenças entre o ato administrativo e regulamento encontradas especificamente em nosso ordenamento jurídico. Ademais, caberá apurar se as diferenças são suficientes para justificar a indicação de um regime jurídico diferenciado do regulamento e, por isso, também justificar a distinção proposta.

A principal diferença entre ato administrativo e regulamento reside na abstração, que é própria do segundo. Assim, a maior parte das diferenças são decorrências dessa distinção principal<sup>53</sup>. Diz-se que o regulamento é geral e abstrato, mas a generalidade do regulamento decorre de sua abstração, ou seja, da estipulação de uma situação-tipo, que se aplica a todos que incorrem naquela situação-tipo<sup>54</sup>. Já o ato administrativo cuida de uma situação concreta, não obstante possa ser um ato geral.

Por isso, procuramos, já de início, com apoio em Diógenes Gasparini, indicar alguns critérios para uma diferenciação mais segura entre os atos regulamentares e *atos administrativos gerais*. Para esse autor, os regulamentos são atos de efeitos *erga omnes*, enquanto os atos gerais se relacionam com destinatários individuados, quando de sua aplicação. Dessa forma, estes visam destinatários não-determinados ou determináveis *a priori*, embora possam ser individualizados *a posteriori*; já nos regulamentos, os destinatários são sempre indetermináveis, antes ou durante a sua vigência. O regulamento é obrigatório a partir de sua publicação, os atos gerais, a partir da ciência pelos destinatários. Os regulamentos são inderrogáveis no caso concreto (inderrogabilidade singular), já os atos gerais podem ser excepcionados em favor ou contra algum destinatário pela edição de outro ato. O ato geral é imediatamente impugnável judicialmente, já os regulamentos não, pois que estes não necessariamente lesam imediatamente os interesses dos administrados. Os atos gerais se exaurem integralmente quando de sua aplicação, o que não acontece com os regulamentos cujos efeitos permanecem no tempo, disciplinando todas as situações que

---

<sup>52</sup> Cf. Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, p. VII-19, e Tomo 3, p. IV-6.

<sup>53</sup> Cf. André G. Pereira, ob. cit., pp. 82-3, e Daniele Coutinho Talamini. Regulamento e ato administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1998, n. 21, pp. 84-6.

<sup>54</sup> Cf., nesse sentido, Daniele C. Talamini, ob. cit., p. 85.

possam ocorrer no seu período de vigência<sup>55</sup>. Enfim, na síntese de Carlos Sundfeld, os atos gerais "atingem uma pluralidade indeterminada de pessoas vinculadas à mesma situação concreta"<sup>56</sup>. Logo, o critério de diferenciação, como explica Michel Stassinopoulos<sup>57</sup>, deve se pautar na generalidade, mas não na generalidade numérica e sim na generalidade abstrata, que consiste na possibilidade de aplicação em casos futuros e indeterminados.

Diógenes Gasparini explica, ainda, que o regulamento não se confunde com o ato plural nem com o ato coletivo:

"Atos plurais são aqueles que, sob a forma única, enfeixam vários atos de conteúdo idêntico. São simultaneamente dirigidos a vários destinatários. Poderiam ser cindidos em tantos atos quantos são os beneficiados. Representam a soma de atos individuais que por medida prática são unificados. São editados em um só ato pelo agente competente, que é também competente para expedi-los separadamente. É o caso de nomeação de candidatos aprovados em concurso de ingresso ao serviço público. Os atos coletivos são unitários e indivisíveis em relação aos destinatários. Não podem ser cindidos em tantos atos de dissolução de uma reunião ou de uma passeata, ou ainda o ato mímico de 'pare', levada a efeito por um guarda de trânsito"<sup>58</sup>.

É possível indicar outras notas diferenciadoras, como a forma de comunicação do ato, indispensável para a produção de seus efeitos de direito. É necessário registrar que não pretendemos avançar aqui sobre a discussão sobre se a publicação e a notificação integram o plano da existência ou da eficácia do ato. A intenção é apenas evidenciar as diferenças entre ato administrativo e regulamento<sup>59</sup>. Assim, os atos administrativos restritivos de direito, via de regra, exigem a intimação pessoal do interessado. É uma exigência da ampla defesa, consagrada também na legislação ordinária federal<sup>60</sup>. Nos atos regulamentares não se passa da

---

<sup>55</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 12-3. V. também, sobre ato geral, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 395.

<sup>56</sup> *Direito...* cit., p. 75.

<sup>57</sup> Michel Stassinopoulos. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Librairie Sirey, 1954, p. 65. No mesmo sentido, Sérgio Ferraz: "é correto repousar na generalidade ou na abstração a distinção entre os regulamentos e os demais atos administrativos (...) realmente a generalidade é o dado marcante no traçar a distinção entre o regulamento e o ato administrativo individual. Não se trata, repise-se, da generalidade numérica, mas da generalidade abstrata" (ob. cit., p. 112). Cabe anotar que o autor francês antes referido (ob. cit., pp. 65-8) também lista casos em que a diferenciação entre regulamento e ato administrativo é mais complexa.

<sup>58</sup> *Poder...* cit., p. 13.

<sup>59</sup> Cf., a propósito, a posição de Agustín Gordillo, segundo a qual o ato administrativo não notificado não é capaz de ingressar no mundo jurídico (ob. cit., Tomo 3, pp. II-5-8).

<sup>60</sup> Lei 9.784, de 29.1.1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal), arts. 3º, II, e 26, *caput* e § 3º: "Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; (...) Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. (...) § 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.



mesma forma. A vigência decorre da mera publicação, pois não há uma relação direta com o administrado a justificar a necessidade de intimação pessoal.

A ciência do administrado interessado também revela distinções nas hipóteses de invalidação e de revogação do regulamento e do ato administrativo<sup>61</sup>. Como não há relação direta com o administrado, as possibilidades de invalidação e revogação do regulamento são amplas e prescindem de intimação do administrado interessado. No caso do regulamento basta, pois, a ciência ficta obtida mediante a publicação do ato. O que não acontece com o ato administrativo.

Já os atos administrativos que aplicaram o regulamento, sim, exigirão ciência pessoal do administrado nas hipóteses de invalidação e de revogação, mas não serão afetados diretamente nas hipóteses de invalidação ou de revogação do regulamento. Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello: "Não se anula ato algum *de costas para o cidadão, à revelia dele*, simplesmente declarando que o que fora administrativamente decidido (ou concertado pelas partes) passa a ser de outro modo, sem a ouvida do que o interessado tenha a alegar na defesa de seu direito"<sup>62</sup>. Entendemos que esse argumento também se aplica, com maior razão, à revogação. A diferença entre ato e regulamento, no caso, se explica pela inexistência de relação direta com a Administração no regulamento.

Essa inexistência de relação direta com o administrado, contudo, não significa assentar que não existam efeitos externos à Administração decorrentes da edição de regulamentos. A questão ainda será retomada (cf. Parte 2, item 3.3.4., *infra*), mas já convém deixar assinalado o desacerto da pretensão de afastar o regulamento do conceito de ato administrativo tendo por critério o argumento de que os regulamentos "não são comandos dirigidos ao comportamento dos indivíduos em geral e sim apenas ao dos órgãos do Poder Executivo"<sup>63</sup>. Ainda segundo esse argumento, "os regulamentos não produzem, diretamente, efeitos jurídicos na esfera do particular"<sup>64</sup>. Como se evidenciará ao tratarmos dos regulamentos administrativos, essa proposta implica o reconhecimento de poderes autônomos à Administração na suposição de que sua regulação intestina não afeta o administrado, o que não se mostra verdadeiro porque essa atuação normativa interna, por certo, ainda que indiretamente, lhe atinge. Inclusive porque o ato administrativo concreto, que forma a relação direta com o administrado e, portanto, possui efeitos externos, deverá pautar-se segundo o

---

<sup>61</sup> Em síntese, revogação e anulação são formas de se retirar o ato jurídico. A primeira com fundamento em razões de conveniência e oportunidade. A segunda fundamenta-se na desconformidade do ato com as prescrições jurídicas. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 417 e 429-30.

<sup>62</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 432.

<sup>63</sup> Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Conceito...* cit., p. 37.

<sup>64</sup> Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção...* cit., p. 22.

disposto em regulamento, como reconhece o próprio Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>65</sup>. Por consequência, também não tem procedência o argumento invocado pelo mesmo autor de que o regulamento não se ajusta ao conceito de ato administrativo porque não diz respeito à relação entre Administração e particular, e a teoria do ato administrativo visa a descrever essa relação. Ora, se o próprio ato não pode contrariar o regulamento, evidente a importância para o administrado desse regulamento. Ademais, a tese parece querer reduzir o Direito Administrativo à teoria do ato administrativo.

Retomando o tema da revogação e invalidação, cabe destacar que também há diferenças quanto ao objeto de invalidação ou de revogação. A revogação do regulamento tem sempre por objeto suprimir o próprio regulamento, pois se pretende eliminar a fonte das relações jurídicas, por razões de conveniência e oportunidade, impedindo o surgimento de novas relações. Assim, também na hipótese de invalidação: queremos eliminar o próprio regulamento.

Diversamente, nas hipóteses de revogação de atos administrativos *já eficazes* (se o ato não é ainda eficaz a situação é semelhante a do regulamento) pretendemos encerrar a relação jurídica decorrente do ato administrativo, permanecendo incólumes os efeitos já produzidos. Dessa forma, muitos atos administrativos não poderão ser revogados porque a relação não é contínua, já foram esgotados os efeitos jurídicos e já não mais o que ser revogado.

Também na hipótese de invalidação do ato administrativo já eficaz, o objeto de invalidação é a relação jurídica, se possível de forma retroativa. O ato administrativo já não importa porque justamente desapareceu com sua aplicação concreta<sup>66</sup>.

Ainda sobre a hipótese de invalidação de ato administrativo, poderá se dar o caso de decadência do direito de a Administração anular o ato, o que não acontece na hipótese de anulação do regulamento<sup>67</sup>. Cabe acrescentar que a expressão "favoráveis para os destinatários", usada pelo art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, corrobora essa compreensão, eis que nos regulamentos os destinatários são futuros e incertos: não é possível identificar, pois, os destinatários<sup>68</sup>. Ademais, a referência à data em que o ato foi praticado elimina qualquer

---

<sup>65</sup> Conceito... cit., p. 38, e *Extinção...* cit., pp. 21-2.

<sup>66</sup> Cf. Weida Zancaner, ob. cit., pp. 64-5, e Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 419-25 e 431-2.

<sup>67</sup> Lei 9.784, de 29.1.1999. "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

<sup>68</sup> Nesse sentido, v. Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 3, p. IV-9, ao analisar disposição semelhante do ordenamento jurídico argentino.

sobre de dúvida. Daí que não se cogita da decadência do direito de a Administração anular o regulamento.

Há ainda mais: também não admitimos, em princípio, a convalidação de ato regulamentar. A prática da convalidação é a atuação administrativa capaz de evitar a sanção de anulação do ato<sup>69</sup>. Assim, o ato administrativo existente<sup>70</sup> e inválido pode, em certas hipóteses, admitir a convalidação, isto é, o suprimento da invalidade com efeitos retroativos<sup>71</sup>. Já o regulamento existente e inválido, isto é, que foi capaz de ingressar no ordenamento jurídico, mas com vício de invalidade, não admite a supressão da invalidade com efeitos retroativos. Trata-se, em verdade, de novo regulamento, sem efeitos retroativos; apenas a partir desse segundo ato vigorará o regulamento. Nesse sentido, a lição de Agustín Gordillo, sobre os regulamentos, encarece que "... no parece posible concebir supuestos de saneamiento retroactivo"<sup>72</sup>. Nesse aspecto, portanto, o ato regulamentar segue um regime jurídico mais próximo ao da lei inválida. Aplicável, pois, à hipótese, o disposto no art. 1º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942), segundo o qual as correções a texto de lei já em vigor serão consideradas lei nova. A correção da invalidade deve ser considerada ato novo, vale a partir da correção. No caso, portanto, prevalece o princípio da irretroatividade das normas (Constituição, art. 5º, inciso XL). Cabe ressaltar, contudo, as hipóteses em que, normalmente, admite-se a retroatividade do regulamento com fundamento na disposição constitucional referida, ou seja, nas hipóteses de retroatividade benéfica ao administrado.

É mister destacar, enfim, que a impossibilidade de convalidar o regulamento não implica necessariamente a impossibilidade de se convalidar os atos concretos de aplicação desse regulamento inválido.

---

<sup>69</sup> Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção...* cit., p. 70.

<sup>70</sup> Em Hans Kelsen os planos da vigência e da existência se confundem: "Com a palavra 'vigência' designamos a existência específica de uma norma" (ob. cit., p. 11). Confundia, portanto, os planos da existência e da validade das normas e, bem por isso, afirmava que "uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente" (ob. cit., pp. 300 e segs.). O mais correto, a nosso sentir, é distinguir os planos de pertinência ou perfeição e validade das normas (abstratas e concretas). Assim, o ato tem pertinência quando cumpre os requisitos necessários para ingressar, ainda que invalidamente, no universo jurídico. Ele reúne, pois, os elementos essenciais para sua definição. Já o ato válido é aquele expedido em estrita observância das normas legais. Sobre a diferença entre existência e validade, cf. a explicação bastante didática de Celso Antônio Bandeira de Mello. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1998, n. 23, pp. 14-8, e, de forma mais sucinta, do mesmo autor *Curso...* cit., p. 360 e nota 12, e Ato inexistente [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, out.-dez., 1983, n. 68, pp. 101-5. Ainda sobre o tema, cf. André Ramos Tavares, ob. cit., pp. 125 e segs., Antônio Carlos Cintra do Amaral. *Extinção...* cit., pp. 24 e segs., Marcello Caetano. *Princípios...* cit., p. 113, além de Weida Zancaner, ob. cit., pp. 29 e segs. O que importa anotar é que o ato inexistente não admite convalidação. Nesse sentido, por todos, Weida Zancaner, ob. cit., *passim*.

<sup>71</sup> Weida Zancaner, ob. cit., p. 56.

<sup>72</sup> Ob. cit., Tomo 3, p. IV-9.

Podemos salientar, ainda, uma diferença quanto ao objeto desses atos. Pressupomos, no caso, a diferenciação entre conteúdo e objeto. Conteúdo de um ato é sua prescrição, é o que o ato dispõe. Já o objeto do ato é aquilo sobre o que o ato dispõe<sup>73</sup>. Na hipótese de ato administrativo cujo objeto seja materialmente impossível, o ato é inexistente<sup>74</sup> e já não faz sentido questionar sua validade. Já no caso do regulamento a questão oferece outras sutilezas: é preciso, para concluir pela inexistência do regulamento, analisar se a hipótese do regulamento é absolutamente impossível ou apenas circunstancialmente impossível ou inócua. Caso o objeto seja circunstancialmente impossível ou apenas inócua, o regulamento é perfeito, isto é, existe, e caberá, então, analisar sua validade. Imaginemos um exemplo bastante simples para facilitar a compreensão. Na hipótese de o Chefe do Executivo conceder, por ato administrativo, uma comenda ao brasileiro ganhador do prêmio Nobel. Não existe brasileiro em tais condições, o ato administrativo é, pois, inexistente. Agora, caso o Chefe do Executivo concedesse a comenda por ato abstrato, isto é, por regulamento, nos seguintes termos: "será concedida comenda aos brasileiros que receberem o Nobel". Nesse caso, o ato não é inexistente porque o objeto é apenas circunstancialmente impossível, vale dizer, a hipótese é apenas circunstancialmente inaplicável.

É importante destacar, ainda, as diferenças quanto à forma de controle jurisdicional do ato. É que os regulamentos sujeitam-se a controle *incidental* de constitucionalidade e legalidade. Logo, quando em juízo, a parte atenta contra o ato de aplicação concreta do regulamento e não contra o próprio regulamento. A mera publicação do ato, em princípio, não permite o controle jurisdicional, salvo nas hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade. O objeto da ação não deve, portanto, discutir a constitucionalidade ou ilegalidade do ato regulamentar de forma direta, mas como questão incidental. O administrado carece, por certo, em razão da generalidade e abstração do ato regulamentar, de interesse processual para impugná-lo judicialmente<sup>75</sup>. Indispensável para a propositura da ação é a interferência direta do ato na esfera jurídica do administrado ou, pelo menos, a ameaça a essa esfera jurídica do administrado.

---

<sup>73</sup> Cf. Weida Zancaner, ob. cit., pp. 31-3, e Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 366-8.

<sup>74</sup> Cf. Weida Zancaner, ob. cit., pp. 31-2.

<sup>75</sup> Cf. Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 88-9. O interesse processual decorre da necessidade do provimento judicial para reparar ou evitar, no caso de ameaça, a lesão ao direito do administrado. Ademais, exige-se que o provimento jurisdicional seja útil à proteção do interesse substancial debatido em juízo (binômio necessidade/utilidade). Cf., a propósito, a doutrina de Arruda Alvim: "Não há interesse de agir quando do sucesso da demanda não puder resultar nenhuma vantagem ou benefício moral ou econômico para o seu autor. (...) Ocorre interesse processual, ou de agir, quando a satisfação do interesse substancial ou jurídico, tutelado pelo Direito, não puder ser alcançado sem o recurso à autoridade judiciária. O mero interesse cívico na observância da lei não legitima o exercício do direito de ação (...)". José Manuel de Arruda Alvim Netto. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2000, 2ª tiragem, 2001, vol. 1, pp. 411-2.

Contudo, quando se trata de regulamento restritivo de direito ou proibitivo não é preciso mais que a publicação. É que a referida relação direta sempre acontece quando o ato é restritivo do exercício de um direito; logo não é preciso nada mais para o ingresso em juízo, basta a publicação da regra restritiva ou proibitiva, vale dizer, a publicação do ato regulamentar. Em geral, contudo, a ilegalidade é alegada apenas em defesa do réu acusado de ter violado o regulamento e, então, a decisão tem apenas efeitos *inter partes*<sup>76</sup>.

Ainda sobre o controle jurisdicional, é preciso notar que o requisito de interesse a legitimar a propositura de ação deve ser conciliado com as disposições da Lei de Ação Popular (Lei 4.717, de 29.6.1965). Consoante referida lei, o cidadão, isto é, o eleitor, é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de qualquer ato lesivo ao patrimônio da Administração Pública. Logo, se o regulamento for capaz de, por si, causar a lesão referida, fica aberta a possibilidade de controle jurisdicional por via de ação popular. Na hipótese, convém destacar, a sentença terá eficácia *erga omnes*, por força do disposto no art. 18 da Lei de Ação Popular, salvo na hipótese de ser julgada improcedente por deficiência de prova<sup>77</sup>.

Convém assentar, contudo, que a ameaça ao direito do administrado é, na maioria dos casos, bastante nítida no caso dos regulamentos em razão de seu maior grau de densidade normativa em contraste com a lei. Além disso, a submissão hierárquica dos funcionários e o dever de obediência, muitas vezes, intimidam a oposição ao ato por parte do agente público. O ato administrativo formador da relação jurídica mostra-se, portanto, na iminência de ser praticado, justificando o controle jurisdicional. Ademais, aguardar a formação da relação jurídica poderá causar, muitas vezes, prejuízo irreparável ao administrado. "Assim, ainda que inexistente a relação jurídica há direito subjetivo a ser protegido, não sendo possível a Administração invocar a impossibilidade de apreciação judicial"<sup>78</sup>.

Contudo, ainda assim, não se imaginar que esse controle jurisdicional seja capaz de retirar o ato normativo ilegal do ordenamento jurídico. Embora inválido o próprio regulamento, e, por conseqüência, também o ato que lhe concretiza a aplicação, mantém-se a fonte de invalidade e elimina-se tão-só o ato concreto. Quanto ao ponto, vale destacar que a jurisprudência argentina começa a admitir "los efectos *erga omnes* de la sentencia condenatoria de la administración o anulatoria de un acto de carácter general, abandonando

---

<sup>76</sup> Cf. Marcello Caetano. *Princípios...* cit., p. 425.

<sup>77</sup> Explica Rafael Bielsa que a ação popular tem eficácia *erga omnes* porque "seu objeto é *restabelecer a legalidade alterada pelo ato irregular*" (A ação popular e o poder discricionário da Administração. Tradução de Guilherme A. dos Anjos. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.-dez., 1954, vol. 38, p. 50, o destaque é do original).

<sup>78</sup> Luciano Leite, ob. cit., p. 91.

así la vieja solución que en caso de considerarlo ilegítimo se limitaba a su no aplicación al caso particular"<sup>79</sup>. O avanço jurisprudencial foi possível a partir do entendimento de que o regulamento ilegal é nulo de pleno direito e não goza mais de presunção de legitimidade.

De toda sorte, o prazo prescricional para o administrado prejudicado pela aplicação de um ato regulamentar requerer a reparação da lesão ao Judiciário corre a partir do ato que o aplica e não da publicação do ato regulamentar<sup>80</sup>. Admitir a prescrição a partir da publicação do ato regulamentar implicaria nova modalidade — inadmissível — de revogação da lei eventualmente infringida pelo regulamento. Da mesma forma, na hipótese de um regulamento ilegal do qual decorrem efeitos favoráveis para o administrado, o cômputo do prazo decadencial<sup>81</sup>, previsto no art. 54 da Lei do Processo Administrativo Federal, para a Administração anular o ato, inicia-se com o ato de aplicação, e não da publicação do regulamento.

As hipóteses antes descritas não implicam, por certo, a impossibilidade de a Administração anular o próprio ato regulamentar, evitando, pois, novos atos baseados em norma ilegal: decai o direito de anular o ato administrativo ou prescreve a ação contra a Administração, mas não se pode falar em prescrição ou decadência em favor da preservação do ato regulamentar.

A possibilidade, pois, de retirada do regulamento do ordenamento jurídico pelo Judiciário dar-se-ia apenas na hipótese de controle concentrado de constitucionalidade, por via de ação direta. Contudo, essa possibilidade esbarra, muitas vezes, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que exige afronta direta ao Texto Constitucional<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 3, p. IV-16.

<sup>80</sup> Aplicação da hipótese do art. 1º do Decreto 20.910, de 6.1.1932: "Art. 1º - As dividas passivas da união, dos estados e dos municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem". Esse dispositivo também é aplicável às autarquias por força do art. 2º do Decreto-lei 4.597, de 19.8.1942. Este Decreto-lei estabelece ainda que: "Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio".

<sup>81</sup> Explica Weida Zancaner que, em Direito Público, não basta a prescrição para garantir a segurança jurídica, é preciso fazer incidir o prazo decadencial porque a Administração Pública não precisa se valer da ação judicial para exercer o poder de invalidar o ato. Assim, explica, a prescrição seria insuficiente para pacificar a situação (ob. cit., pp. 76-7). Sobre o critério de distinção entre prescrição e decadência, cf. Agnelo Amorim Filho. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos tribunais*. São Paulo, out., 1960, vol. 300, especialmente, pp. 27-8.

<sup>82</sup> São muitos os precedentes jurisprudenciais. Limitamo-nos ao seguinte em razão de sua clareza: "... eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da carta magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede

Assim, admite-se o controle abstrato tão-só nas hipóteses nas quais se verifica um caráter "autônomo" do regulamento, ou seja, naquelas hipóteses em que a verificação da inconstitucionalidade não depende da apuração de sua compatibilidade com a lei. Em tais hipóteses, a decisão, tem, por óbvio, efeitos *erga omnes*, pois retira o ato do ordenamento jurídico<sup>83</sup>.

Os vários obstáculos colocados pelo Supremo Tribunal Federal têm gerado críticas da doutrina acerca da inexistência de um contencioso abstrato do juízo de constitucionalidade e legalidade dos atos regulamentares<sup>84</sup>. A cada vez mais marcante presença dos atos regulamentares em nosso cotidiano, realmente, exige uma apreciação sem ressalvas da constitucionalidade dos atos regulamentares em controle abstrato. Ademais, também é perfeitamente viável a compreensão de que, em tais hipóteses, o que se verifica não é tão-só ilegalidade e mera inconstitucionalidade indireta. Como explica André Ramos Tavares, no caso, há, em verdade, ilegalidade e inconstitucionalidade concomitante e o ato legal é apenas aparentemente interposto. Afinal, é a própria Constituição que determina que o regulamento obedeça ao texto legal. Nas palavras de André Tavares:

"Nessa medida, é também a Constituição que impede que os decretos extrapolem os limites presentes nas leis que regulamentam. Assim, um decreto ilegal seria, ao mesmo tempo, inconstitucional, porque a própria Constituição ordena que os decretos restrinjam-se às leis"<sup>85</sup>.

A boa hermenêutica constitucional também determina que se interprete a "expressão ato normativo federal ou estadual" constante do disposto no art. 102, I, *a*, no sentido de abranger os regulamentos ilegais. É que, "na interpretação de preceitos relativos à garantia jurisdicional da Constituição, deve ter-se em conta o interesse decisivo da lei fundamental na

---

jurisdicional concentrada". STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.347-5, rel. Min. Celso de Mello, j. 5.10.1995, DJ 1º.12.1995, v.u.

<sup>83</sup> Indispensável aqui a referência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso ocorre relativamente a ato do Poder Executivo que, a pretexto de compatibilizar a liberdade de reunião e de expressão com o direito ao trabalho em ambiente de tranquilidade, acaba por emprestar à Carta regulamentação imprópria, sob os ângulos formal e material" STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade (medida cautelar) 1.969-4, rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.3.1999, DJ 5.3.2004, v.u. Convém deixar claro que no precedente referido não se debateu a constitucionalidade e a possibilidade de decreto autônomo em nosso sistema constitucional. Em verdade, ele declarou inconstitucional, em medida cautelar, decreto do Governo do Distrito Federal regulador das possibilidades de manifestações políticas na Praça dos Três Poderes porque a medida significou a impossibilidade do exercício de direito garantido constitucionalmente (Constituição, art. 5º, XVI – direito de reunião).

<sup>84</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 1999, pp. 180-6, Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 264-6 e Gustavo Binenbojm, nota de atualização à M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 298. Cf., ainda, a defesa de José Roberto Pimenta Oliveira para o controle concentrado da razoabilidade-proporcionalidade da competência normativa da Administração, especialmente em razão da expansão dessa atribuição (ob. cit., pp. 313-4).

<sup>85</sup> Ob. cit., p. 185.

desaplicação ou eliminação de actos contrários às normas constitucionais"<sup>86</sup>. Logo, não se justificaria uma restrição imposta pela via jurisprudencial. Há um componente de proteção-controle que o Supremo Tribunal Federal nega quando restringe o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade dos regulamentos. A norma constitucional, segundo esse componente, quer ser interpretada no sentido de oferecer maior controle.

As restrições ao controle concentrado, entretanto, podem ser parcialmente compensadas por via da ação popular e da ação civil pública, com amparo no já citado art. 18 da Lei 4.717, de 29.6.1965 e no art. 16 da Lei 7.347, de 24.7.1985, que atribuem efeito *erga omnes* aos dispositivos das decisões. A possibilidade de ação popular e ação civil pública, conforme assegura Sérgio V. Bruna<sup>87</sup>, encontra amparo em alguns precedentes jurisprudenciais. Contudo, não há como negar que também ela esbarra na dificuldade de demonstrar em juízo a lesão decorrente de ato abstrato, embora tal requisito, no caso de regulamento, deve ser sopesado com a alta densidade de sua previsão e que, portanto, muitas vezes, será suficiente para caracterizar a ameaça a direito.

A ilegalidade pela Administração no exercício da função regulamentar também pode se caracterizar pela omissão normativa. Hipótese que, lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, poderá configurar crime de responsabilidade por parte do Presidente da República, tipificado no art. 85, VII, da Constituição da República, na medida em que configura ato contra o cumprimento das leis. "Frustrar a execução de uma lei é descumpri-la por omissão"<sup>88</sup>.

Para as hipóteses de omissão, Luciano Leite propôs o seguinte: "De qualquer modo, enquanto não existir regulamentação da lei o órgão incumbido de dar instruções e dirimir dúvidas 'enche o vazio do regulamento'"<sup>89</sup>. Não vemos possibilidade de acolher esse entendimento. Em verdade, não há como imaginar aplicação de uma lei não auto-executável sem o respectivo regulamento, nas partes em que ele seja imprescindível. Bem por isso, Vicente Ráo, quando se refere às leis não bastantes em si, conclui que tais leis não são vigentes porque dependem de regulamentação<sup>90</sup>. É que a falta de regulamentação de uma lei, que a exige para sua execução, embora não seja capaz de provocar a prorrogação de sua vigência, a torna ineficaz. A lei é vigente ao menos na parte em que reclama sua regulamentação, sendo, portanto, capaz de caracterizar a mora regulamentar da

---

<sup>86</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 933.

<sup>87</sup> Ob. cit., pp. 265-6 e nota 32.

<sup>88</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 328.

<sup>89</sup> Ob. cit., p. 26.

<sup>90</sup> Ob. cit., pp. 328 e 338-9.



Administração. A falta de regulamentação impede, pois, a produção de todos os efeitos jurídicos desejados pela lei. Razão pela qual é comum e bastante recomendável que a lei indique um prazo para a promulgação de seu regulamento. A lei, não obstante, é aplicável na parte em que não depende de regulamentação<sup>91</sup>.

É certo, também, que a falta de regulamentação da lei não auto-executável impede a concretização de direitos do administrado provocando odiosa ilegalidade administrativa. No atual regime constitucional, a omissão regulamentar pode se amoldar à hipótese de mandado de injunção ou de ação direta por omissão inconstitucional (Constituição, art. 5º, LXXI, e art. 103, §2º)<sup>92</sup>. A hipótese, contudo, seria de rara aplicação, eis que os regulamentos não se prestam a regulamentar dispositivo constitucional. Ademais, os tribunais negam-se em suprir a omissão normativa, destacando o caráter unicamente mandamental do pronunciamento judicial<sup>93</sup>, o que enfraquece dita forma de controle da omissão.

A previsão de ações constitucionais, com o fim de suprir a omissão, também não nega a possibilidade de ajuizamento de ações com pedido de reparação de perdas e danos pela inércia normativa do Estado<sup>94</sup>. A hipótese pode se configurar pela inércia do Presidente da República, bem como pela inércia de qualquer outro órgão com poder normativo. Assim, se já ultrapassado prazo razoável ou aquele estipulado em lei para a regulamentação, poderá o juiz, analisando o caso concreto, apurar o dano experimentado pelo prejudicado.

Além das apontadas diferenças quanto à forma de controle jurisdicional dos regulamentos, convém destacar que os regulamentos também se sujeitam a controle parlamentar que não se aplica aos atos administrativos em geral. Assim, cabe ao Congresso Nacional o controle dos atos regulamentares, na forma do art. 49, V, da Constituição<sup>95</sup>. Cabe, ainda, ao Congresso Nacional sustar os atos exorbitantes do dever-poder regulamentar,

---

<sup>91</sup> Cf. Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 58-9.

<sup>92</sup> Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Omissões...* cit., p. 259.

<sup>93</sup> "Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente." STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458-7, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.5.1996, DJ 20.9.1996, v. u. Vale referir, contudo, ao Mandado de Injunção 283-5, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.3.1991, DJ 14.11.1991, por maioria, com entendimento mais avançado para deferir, aos lesados pela omissão legislativa, o direito de pleitear pela via judicial ordinária a reparação do dano sofrido. Para um precedente mais recente, v. Mandado de Injunção 562-9, rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, j. 20.2.2003, DJ 20.6.2003, por maioria.

<sup>94</sup> Cf., nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, última ob. cit., pp. 259-61.

<sup>95</sup> Constituição da República: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

mediante resolução, bem como "zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes" (Constituição, art. 49, XI)<sup>96</sup>.

Há, ainda, uma segunda hipótese de controle pelo Legislativo. É o caso de ser o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade. Caberá, então, ao Senado Federal, por resolução, suspender, no todo ou em parte, o regulamento inconstitucional, com fundamento no art. 52, X, da Constituição<sup>97</sup>. É verdade que a Constituição atual, diferente da anterior<sup>98</sup> não inclui expressamente o decreto entre as possibilidades de suspensão. Contudo, se o Senado Federal pode suspender a lei, que é manifestação superior do Estado, com maior razão poderá suspender o ato regulamentar, cujo controle está sujeito ao Congresso Nacional por força do já referido art. 49, V e XI, da Constituição da República, eis que já declarada judicialmente, em decisão definitiva, a exacerbação da função regulamentar pelo Supremo Tribunal Federal.

Insistir na distinção entre ato administrativo também se justifica, para além das diferenças apontadas, pela compreensão de que a função administrativa possui um conteúdo heterogêneo e que, por isso mesmo, convém procurar explicitar as características próprias de cada tipo de ato expedido no exercício dessa função, procurando isolar as diferentes categorias<sup>99</sup>. É preciso, assim, evitar que o conceito de ato administrativo não se confunda com o de função administrativa, afinal um conceito de ato administrativo equivalente ao de função administrativa também não se justificaria.

Dessa forma, diante de tais notas distintivas e da impossibilidade de se confundir ato administrativo e função administrativa, é forçoso concluir que não se ajusta o conceito de regulamento ao de ato administrativo. Há distinções suficientes para justificar e tornar útil essa diferenciação. Ademais, não se pode negar que a confusão é fruto de uma tentativa de negar importância ao regulamento. Contudo, os regulamentos gozam, na atualidade, de uma

---

<sup>96</sup> O estudo de Sérgio V. Bruna destaca que a hipótese de controle na forma do art. 49, V, da Constituição não estabelece a competência do Congresso para avaliar de forma discricionária a exacerbação do poder regulamentar. Assim, assistirá à Administração a possibilidade de questionar judicialmente a resolução do Congresso Nacional caso entenda que atuou dentro dos limites legais e constitucionais de sua competência. Esse entendimento, inclusive, encontra amparo em precedente do Supremo Tribunal Federal (RTJ 143/510), como anota Sérgio Bruna, ob. cit., pp. 259-60. No entanto, cabe reconhecer que essa forma de controle, na prática, tem se mostrado extremamente débil. A pesquisa de Sérgio Bruna (ob. cit., p. 260, nota 24) aponta apenas dois casos de suspensão de ato normativo da Administração pelo Congresso Nacional, embora as propostas nesse sentido sejam bem mais numerosas.

<sup>97</sup> Constituição da República: "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

<sup>98</sup> Constituição de 1967/1969: "Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou *decreto*, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". O destaque não é do original.

<sup>99</sup> Cf., nesse sentido, Daniele C. Talamini, ob. cit., em especial, p. 73.

presença marcante em nosso cotidiano. Logo, é melhor compreender de imediato as diferenças de regime jurídico porque melhor se compreenderá os limites inerentes ao regulamento.

Mas as diferenças entre ato administrativo e regulamento não se encerram aqui.

### *2.3.1 PRINCÍPIO DA INDERROGABILIDADE SINGULAR DOS ATOS REGULAMENTARES*

Uma importante nota distintiva dos regimes jurídicos dos atos administrativos e dos regulamentos — e que merece maior detalhamento e tratamento apartado — é a impossibilidade de derrogação singular dos atos regulamentares. É a partir desse princípio que se compreende a diferença substancial entre regulamento e ato administrativo. Isso porque, a partir do princípio da inderrogabilidade singular, vislumbra-se a superioridade hierárquica dos regulamentos frente aos atos administrativos<sup>100</sup>. Evidencia-se, portanto, o regulamento como ato ordenador, de fonte de direito, o que lhe afasta do conceito de ato administrativo, unicamente ordenado.

Em razão do princípio da inderrogabilidade singular, na relação regulamento/ato administrativo, não vale o argumento segundo o qual quem pode o mais também pode o menos. Ou seja, não é porque à Administração é possível revogar todo o regulamento que ela está autorizada a derrogá-lo na aplicação em um caso concreto.

O fundamento para essa impossibilidade reside no princípio de tratamento isonômico (Constituição, art. 5º, *caput*) e, por conseqüência, no princípio da impessoalidade da Administração Pública, bem como no princípio da legalidade administrativa (ambos consagrados como princípios constitucionais da Administração Pública, Constituição, art. 37, *caput*).

Constituiria, pois, tratamento discriminatório — que poderá ser favorável ou não ao administrado, anote-se, desde já — admitir, em princípio, a possibilidade de derrogação singular dos atos regulamentares. Não se deve olvidar que a função regulamentar se justifica também para evitar tratamentos díspares na atuação da Administração. Esse é o entendimento de Diógenes Gasparini, que vale a pena conhecer:

---

<sup>100</sup> Cf., nesse sentido, Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 3, p. IV-6.

"O Chefe de Estado e assim também os Governadores e Prefeitos ou qualquer outra autoridade competente, pode editar regulamento, modificá-lo, em parte ou inteiramente, e até revogá-lo. Não possuem, no entanto, poder para editar um ato executivo, visando excepcioná-lo nos casos concretos, face ao fato de ser necessário o oferecimento de um tratamento isonômico a que tem direito o administrado. Quebrado o tratamento isonômico cometeriam, tais autoridades, atos inconstitucionais. A sua competência para praticar o ato advém do próprio regulamento, nos estritos termos que suas disposições determinam. A competência em tais casos se exaure no próprio regulamento que impede a violação do princípio da inderrogabilidade singular de qualquer ato normativo"<sup>101</sup>.

Realmente, não faria qualquer sentido que a autoridade administrativa editasse norma regulamentar para, ato contínuo, excepcioná-la na sua aplicação concreta. A situação constrangeria fortemente a exigência de tratamento impessoal a ser dispensado pela Administração Pública. O princípio da igualdade seria frontalmente violado.

Contudo, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández consideram a fundamentação isonômica insuficiente para justificar a regra da inderrogabilidade singular dos atos regulamentares. É que ela remonta a uma justificativa incompleta da inderrogabilidade, pois se preocupa apenas com o tratamento diferenciado que prejudica o patrimônio do administrado. Entretanto, é nas hipóteses de tratamento favorável, não estendido aos demais, que ocorrem as maiores transgressões ao Direito. Vale dizer, a regra da inderrogabilidade singular está preocupada também, e especialmente, com a produção de efeitos jurídicos favoráveis e injustificáveis em favor de pessoas determinadas, quando não preenchem todos os requisitos previstos nas normas regulamentares. Quanto ao princípio da isonomia, asseveram os autores espanhóis, que ele não veda o tratamento diferenciado em todas as hipóteses<sup>102</sup>.

Embora seja verdadeira a assertiva desses autores de que é possível, em certas hipóteses, o tratamento diferenciado sem infringência à igualdade, consideramos que o princípio da isonomia veda por completo a possibilidade de revogação singular. Isso porque o princípio isonômico veda a norma que "singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada"<sup>103</sup>. Ademais, o fator de *discrimen* adotado pela derrogação deve guardar relação de pertinência lógica com a desequiparação procedida. Ou seja, deve-se apurar se há justificativa racional para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da

---

<sup>101</sup> *Poder...* cit., p. 104. Cf., também nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 326. V., ainda, Sérgio Ferraz, que considera a impossibilidade de inobservância do regulamento no caso concreto "uma confirmação do princípio isonômico" (ob. cit., p. 113).

<sup>102</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 209-10.

<sup>103</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade...* cit., p. 47.

desigualdade formada<sup>104</sup>. Assim, temos na isonomia fator suficiente para fundamentar o inderrogabilidade singular dos atos regulamentares.

O fundamento no princípio isonômico, entretanto, não descarta a fundamentação apresentada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ao revés, a ela se soma. O fundamento apresentado pelos autores refere-se ao princípio da legalidade, compreendido como princípio de juridicidade, sobre o qual já dissertamos (cf. Parte 1, item 3.4., *supra*). Assim, a Administração não deve respeito tão-só às leis formais, mas a todas as normas e princípios de Direito. Logo, a Administração está vinculada também aos atos normativos que produziu. Por conseguinte, embora a Administração possa derogar o regulamento, fazê-lo num caso concreto seria infringir o regulamento, implicando, pois, a infringência ao princípio da legalidade em termos de juridicidade. Dessa assertiva, os autores extraem mais uma diferença entre o Legislativo — que não se vincula às suas leis — e a Administração — que não é livre para a criação jurídica<sup>105</sup>.

Efetivamente, não se pode negar que "é desdobramento de um dos aspectos da legalidade o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que a Administração, com base na lei, haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores"<sup>106</sup>. O regulamento, portanto, também é limite da atuação administrativa. A Administração pode revogá-lo, mas não pode simplesmente ignorá-lo, sob pena de afrontar tanto o princípio da igualdade quanto o da legalidade.

É de se notar, então, que faz todo o sentido somar tais argumentos em favor da inderrogabilidade singular. Afinal, a partir das idéias de J. J. Rousseau, é possível considerar a lei, portanto, a legalidade, como instrumento de atuação da igualdade política e produto da vontade geral. Essa vontade geral deve, pois, ser compreendida em dois sentidos: ela provém de todos e deve ser aplicada a todos<sup>107</sup>. O objetivo da legalidade não se restringe à segurança jurídica: a igualdade de todos também se refere à legalidade. "A legalidade é instrumento — conquanto impostergável — para viabilizar um propósito: o de garantir a igualdade"<sup>108</sup>. Logo,

---

<sup>104</sup> *Idem*, pp. 37-8 e 47.

<sup>105</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *ob. cit.*, pp. 210-1. A conclusão acerca da não-vinculação do Legislativo às suas normas, contudo, deve ser recebida com certa cautela, eis que não se pode admitir ato legislativo infrator do princípio da igualdade, como já anotado (cf., neste estudo, Parte 2, item 1.2., *supra*).

<sup>106</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 66. Também Agustín Gordillo, *ob. cit.*, Tomo 1, pp. VII-22-3, destaca a inderrogabilidade singular dos regulamentos como expressão da aplicação do princípio da legalidade à matéria regulamentar.

<sup>107</sup> Cf. Almiro Couto e Silva. *Princípios...* cit., p. 49, e J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 714 e nota 5.

<sup>108</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Regulamento...* cit., p. 42. Cf., no mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *ob. cit.*, pp. 26-7.

fica evidente que os princípios da legalidade e da igualdade, juntos, implicam e fundamentam o princípio da inderrogabilidade singular dos atos regulamentares.

O regulamento é, pois, fonte de direito. O ato administrativo concreto cujo conteúdo seja discrepante do regulamento poderá ser invalidado por ofensa aos princípios da legalidade e da igualdade. Daí, pois, a superioridade hierárquica do primeiro em face do segundo: é ilegal o ato administrativo contrário ao regulamento legalmente produzido.

Por fim, é indispensável destacar que a Lei da Ação Popular, inclusive, determina a nulidade do ato, por ilegalidade do objeto, quando houver violação de lei, *regulamento* ou *outro ato normativo* (Lei 4.717, de 29.6.1965, art. 2º, letra *c*, parágrafo único, alínea *c*). Bem por isso, Daniele Coutinho Talamini — que também insiste na necessidade de distinção entre regulamento e ato administrativo — assegura que: "o regulamento constitui fonte de Direito Administrativo, ao passo que o ato administrativo figura como resultado, como produto da atuação administrativa"<sup>109</sup>.

Apontadas as razões pelas quais, em nossa compreensão, em uma adequada sistematização da função administrativa, justifica-se a operacionalidade da distinção entre regulamento e ato administrativo, no próximo tópico cuidamos de apresentar o conceito de regulamento.

---

<sup>109</sup> Ob. cit., p. 73.

### 3. CONCEITO DE REGULAMENTO

Buscamos no presente tópico indicar uma definição de regulamento. Preliminarmente à definição pretendemos discorrer sobre o dever-poder regulamentar e as suas justificativas e fundamentações, pois esse estudo nos fornecerá novos elementos para uma adequada compreensão do regulamento e viabilizará sua definição.

#### 3.1. DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO REGULAMENTAR

Antes de tudo, cumpre discutir o termo "poder regulamentar". Diógenes Gasparini fala que se trata, em verdade, de *atribuição* regulamentar. Isso porque o autor está apegado a uma idéia de poder político e não de poder jurídico. "A idéia de *poder* tem sentido e conteúdo ilimitados, enquanto que a de *regulamentar* apresenta sentido e conteúdo de compatibilidade com algo já existente, por exemplo, uma lei"<sup>1</sup>. Em obra mais recente justifica a tese da atribuição com fundamento na assertiva de que o "Poder Político é uno, indivisível e indelegável"<sup>2</sup>.

No entanto, é possível fundamentar a legitimidade do uso da expressão poder, esclarecendo que se cuida de poder jurídico. Quando tratamos do princípio da legalidade, fez-se referência aos esclarecimentos prestados por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, com base na diferenciação proposta por Santi Romano entre direito subjetivo e poderes (*potestad*), espécies do gênero poderes jurídicos em sentido amplo: faculdades de querer e de fazer conferidas pelo ordenamento jurídico (cf. Parte 1, item 3.3., *supra*). O poder, portanto, não consiste em uma pretensão particular, senão na possibilidade abstrata de produzir efeitos jurídicos, do qual podem surgir relações jurídicas pelo seu mero exercício. Não há um correspondente dever, mas uma sujeição: o sujeito ao poder deve suportar os efeitos jurídicos do exercício do poder. O dever ou obrigação poderá derivar das relações jurídicas que o poder eventualmente criar. Somente ao ordenamento cabe dispor sobre os poderes, de forma que é a legalidade, portanto, que define e atribui os poderes à Administração. Em verdade, poderes-funções porque não estão à disposição do interesse

---

<sup>1</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., p. 18.

<sup>2</sup> *Direito...* cit., p. 117. Cabe anotar que a expressão atribuição, empregada por Diógenes Gasparini, é a consagrada constitucionalmente pelo *caput* do art. 84, que traz o rol de atribuições privativas do Presidente da República.

egoísta de seu titular, mas devem ser exercitadas em função do interesse público<sup>3</sup>. Para os autores citados, o poder regulamentar é o poder em virtude do qual a Administração dita regulamentos. Trata-se de uma prerrogativa das mais intensas e graves porque implica a participação da Administração na formação do ordenamento jurídico<sup>4</sup>.

Optamos, contudo, por definir como dever-poder com base na boa doutrina nacional de Direito Administrativo. É que a ênfase, quando se trata de Administração Pública, deve recair sobre o dever de curar os interesses públicos e não sobre o poder, este é apenas instrumental. Assim, justifica-se a expressão dever-poder regulamentar "para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade"<sup>5</sup>. Trata-se, pois, da expressão de uma função, a função regulamentar, de um poder instrumental voltado ao atendimento de finalidades públicas.

Assim, embora seja mais corrente na doutrina a expressão "poder regulamentar", isso não é capaz de torná-la a mais acertada. "Melhor seria designar tal atribuição como 'dever regulamentar', pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandam tal providência, e não meramente um 'poder' de fazê-lo"<sup>6</sup>. A expressão função regulamentar, portanto, é capaz de vincular essa idéia de dever associado a um poder instrumental.

### **3.1.1. FUNDAMENTOS DA FUNÇÃO REGULAMENTAR**

"Poucas matérias têm sido alvo de discussão teórica tão ampla, na ciência jurídica, quanto a do fundamento do poder regulamentar"<sup>7</sup>. É com esse alerta de Sérgio Ferraz que se passa, com cautela, ao exame do tema posto na epígrafe.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández esclarecem que, na França, o poder regulamentar se justificou com base no princípio monárquico<sup>8</sup>, que fazia frente ao

---

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 449-51 e 453.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>5</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 87.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 327.

<sup>7</sup> Sérgio Ferraz, ob. cit., p. 107.

<sup>8</sup> O princípio monárquico, como explica Luís S. Cabral de Moncada, pressupõe que "o «fürstliche Gewalt» (poder do príncipe) é o garante da integração dos restantes poderes estaduais numa unidade de sentido racional e ético capaz de imprimir dignidade espiritual à acção do estado. (...) [o poder do príncipe seria o] impulso inicial da decisão política global capaz de assinalar uma unidade de sentido a toda acção estadual em prol de uma dimensão finalística autónoma que se distingue claramente do simples mundo dos interesses da sociedade civil" (ob. cit., p. 59, nota 53). No Brasil, apenas a Constituição outorgada de 1824 recepcionou dito princípio, que tomou forma político-jurídica no poder moderador do Imperador. Explica Itiberê de Oliveira



princípio democrático. Cada um desses princípios seria capaz de produzir norma. O primeiro capaz de produzir regulamento, o segundo capaz de produzir a lei. Daí, então, a compreensão de que o regulamento era fonte autônoma e independente, não carecendo, pois, de habilitação parlamentar. Já no direito anglo-saxão, o poder regulamentar se desenvolve com a tese da *delegated legislation*<sup>9</sup>. Ora, fácil ver que nenhum desses fundamentos explica a função regulamentar em nosso ordenamento constitucional.

Hoje já não há possibilidade de se governar sem poder regulamentar, especialmente em razão das complexidades das relações sociais. Assim, o regulamento, segundo os autores espanhóis, passa a ser a parte mais significativa do ordenamento jurídico-administrativo. A complexidade técnica das matérias também militou em favor do poder regulamentar. Não obstante os riscos da normatização pela Administração, gostemos ou não, o poder regulamentar da Administração, concluem, é hoje imprescindível<sup>10</sup>.

Os autores espanhóis referidos explicam, ainda, que a atuação da Administração, também no campo normativo, refere-se ao contingente e ao provisório sendo o regulamento uma norma de caráter contingente e, nesse sentido, "concreta":

"Y ocurre que la contingencia y la provisionalidad y la singularidad de las situaciones con que la Administración ha de enfrentarse no se abordan sólo con actos que se limitan a aplicar un orden general ya establecido, sino también, y especialmente, mediante la definición de órdenes normativos singulares, provisionales y contingentes para afrontar las situaciones concretas contempladas. En este sentido tan particular puede acogerse el principio rousseauiano (aunque en su autor tenga un sentido justamente opuesto) *gouverner c'est légiférer*"<sup>11</sup>.

Nesse contexto, a norma perde sua antiga vinculação ao conceito de Justiça para se justificar em razão das circunstâncias. Mudam as circunstâncias, mudam as normas. A própria vigência da norma está igualmente condicionada à manutenção da situação com base na qual foi ditada. Essa é "*la teoría del cambio de circunstancias*"<sup>12</sup>.

Diógenes Gasparini traz considerações semelhantes ao explicar os fundamentos políticos do poder regulamentar. Fala, então, na Administração como "aplicadora dinâmica da lei". Destaca a dificuldade de o Legislativo atender prontamente às demandas por

---

Rodrigues que "Segundo o princípio monárquico, a Constituição não era a base de legitimidade para o exercício do poder estatal, antes o contrário: ela era o resultado de uma auto-limitação do poder do monarca perante os súditos" (ob. cit., p. 61).

<sup>9</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 183-4.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 185.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 84,

normatização, não se tolerando o imobilismo estatal. Assim, em certas matérias, o Executivo estaria mais bem aparelhado para a regulamentação<sup>13</sup>.

Já Eros Grau procura explicar a "inflação normativa" de nossos dias. Ela decorre de uma nova postura do Estado. Num primeiro momento, bastava ao Estado prover direito e segurança. Já no momento seguinte, o Estado desenvolve novas formas de atuação, mediante as quais se faz uso do Direito como instrumento de política pública, ou seja, intervém na ordem social já não mais como "terceiro-árbitro", mas como "terceiro-ordenador", procurando administrar as crises do modo de produção capitalista<sup>14</sup>. Logo, "O direito já não mais ordena exclusivamente situações estruturais: a regulação de situações conjunturais, o que impõe sejam as normas dotadas de flexibilidade e estejam sujeitas a continua revisibilidade"<sup>15</sup>. Daí sua tese da capacidade normativa de conjuntura, revelada, em especial — mas não exclusivamente — no campo do direito econômico:

"Desenvolve-se, assim, mediante a edição de normas emanadas do Poder Executivo, seja da administração centralizada, seja de alguns dos seus entes autônomos, uma dinâmica capacidade normativa, com o que se confere resposta à exigência de produção imediata de normas jurídicas, que as flutuação da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor. A essa potestade, em função da qual tais normas são geradas dentro de um clima de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denominamos *capacidade normativa de conjuntura*"<sup>16</sup>.

A relação entre explosão normativa e regulação econômica também é destacada por Fábio K. Comparato<sup>17</sup>. Num primeiro momento, essa regulação estava ligada aos interesses da Primeira Grande Guerra e a necessidade de submeter a economia aos interesses da Guerra. Cogitaram, assim, cuidar-se de um Direito bélico transitório. Contudo, a crise de 1929, o fenômeno do subdesenvolvimento após a Segunda Guerra, a concentração econômica, a necessidade de políticas desenvolvimentistas, entre outros fatores, fizeram com que o Estado não pudesse mais prescindir dessa regulação. "O Direito deixa-se assim penetrar de conteúdo econômico, ao mesmo tempo em que a Economia torna-se sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica"<sup>18</sup>.

Por certo que essas são justificações que não se pretendem *formalmente* jurídicas. E qual seria a justificação formal ou jurídica? As teses para essa fundamentação são, basicamente, as que seguem.

---

<sup>13</sup> *Poder...* cit., pp. 20-1, e *Direito...* cit., p. 118.

<sup>14</sup> Eros Grau, ob. cit., pp. 25-7 e 124.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>16</sup> Eros Roberto Grau. Capacidade normativa de conjuntura [verbete]. In: R. Limongi França (coord). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 13, p. 49, os grifos são do original.

<sup>17</sup> O indispensável... cit., pp. 15-7.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 17.

Primeiro, o poder regulamentar é fundado em uma atribuição normativa material. Assim, haveria matérias reservadas ao domínio da lei, enquanto outras deveriam ser dispostas por regulamentos. Essa é a tese que foi consagrada na Constituição francesa de 1958, mas que não se ajusta ao nosso ordenamento jurídico.

Uma segunda possibilidade de fundamentação seria assentar que se trata de uma atribuição originária da Administração Pública. Nessa concepção, o poder regulamentar independe de autorização normativa porque é inerente à função executiva ou administrativa.

Outra possibilidade é sustentar que o fundamento do poder regulamentar deriva de uma delegação de funções do Legislativo confiadas ao Executivo.

Também se propõe a fundamentação numa atribuição constitucional conferida à Administração.

Enfim, seria possível localizar o fundamento do poder regulamentar num costume político-institucional.

Analisemos as quatro últimas hipóteses, já que a primeira não tem qualquer possibilidade de acolhida em nosso ordenamento por força do art. 48, *caput*, da Constituição da República.

A possibilidade de fundamento no costume é cogitada por Carlos Roberto Siqueira Castro e funda-se na constatação da não-aplicação da proibição de delegação de poderes. O trecho deve ser transcrito para a boa compreensão de seu argumento:

"O fato incontraditável é que normas desse teor [refere-se à regra da proibição de delegação de poderes], de raízes ultraliberais e produtos de recalques antiditatoriais, terminaram revogadas pelo costume político ou, se se preferir, pelos fatores reais do poder a que alude Ferdinand Lassale em sua magnífica formulação sociológica da Constituição. Tem-se, aí, genuíno costume político-institucional *contra legem*, a exemplificar o fenômeno da desuetudo, ou seja, a força derogatória do desuso. Assim é que o acervo jurisprudencial de nossos tribunais maiores não teve cerimônia em deixar estampados o anacronismo e a inoperância do princípio da indelegabilidade em sua dicção ortodoxa, transformando-o em proibição puramente semântica"<sup>19</sup>.

O argumento impressiona, no entanto, a hipótese de fundamento em costume político-institucional deve ser refutada de plano, eis que é extremamente perniciosa a possibilidade de se conferir prerrogativas à Administração com fundamento em costume, especialmente *contra legem*. Isso justificaria que a Administração autonomamente pudesse atribuir-se poderes em relação ao administrado. Seria, pois, uma inversão da lógica de que a atividade administrativa se funda na lei. Bem por isso, Agustín Gordillo destaca que: "La costumbre no es, pues, en principio, fuente de derecho administrativo y la administración no

---

<sup>19</sup> Função... cit., p. 403.

puede, en consecuencia, crearse a sí misma derechos frente los particulares por observar habitualmente una determinada conducta"<sup>20</sup>. Ademais, só se admite o costume constitucional *secundum constitutionem*<sup>21</sup>.

Também Luís S. Cabral de Moncada, ao discorrer sobre a atual compreensão da legalidade no Direito alemão, assevera que "não faz sentido reclamar a favor do executivo nos nossos dias poderes implícitos ou competências não escritas de valor consuetudinário que caiam fora da reserva de lei"<sup>22</sup>. A lei é pressuposto de toda atividade administrativa. Não se admite, pois, função regulamentar com fundamento em costume.

Já Marcello Caetano é exemplo daqueles que defendem a tese segundo a qual a faculdade regulamentar é inerente ao exercício da função administrativa, ou melhor, é um corolário do poder administrativo. Assim, esse poder se explica e se justifica pelo fato de que a Administração tem poderes para interpretar as leis que aplica. Esse seria o fundamento teórico porque o fundamento jurídico sempre resulta da lei. Assim, em razão da dispersão dos agentes da Administração, é preciso ordenar a aplicação da lei. Cuida-se, pois, de uma autodisciplina, em que os regulamentos surgem para completar, desenvolver e esclarecer os preceitos legais. O regulamento é uma autodisciplina da Administração<sup>23</sup>. Na síntese do autor: "Em meu entender o poder regulamentar da Administração Pública é uma faculdade natural desta, inerente à autoridade de que dispõe para executar as leis e imposta pela dispersão dos órgãos e agentes que a compõem"<sup>24</sup>.

É possível trazer uma outra conclusão dessa fundamentação: se o poder regulamentar justifica-se em função da dispersão de órgãos e agentes, esse fato explica inclusive a sua centralização no chefe do Poder Executivo. O regulamento se justificaria como uma função conatural ao exercício da hierarquia. Logo, o regulamento se limitaria aos submetidos ao poder hierárquico e prescindiria de autorização legislativa<sup>25</sup>.

A função regulamentar como decorrência do poder hierárquico é sustentada por Geraldo Ataliba. O autor sustenta que "o capital fundamento lógico e político administrativo do poder regulamentar está na qualidade de condutor da administração pública do Chefe do Executivo"<sup>26</sup>. Mas se o fundamento da função regulamentar é o princípio hierárquico, os

---

<sup>20</sup> Ob. cit., Tomo 1, p. VII-44.

<sup>21</sup> Cf., nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 862.

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 161. Para uma análise mais detida do costume, em especial no Direito Administrativo, v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 367-78, e Hartmut Maurer, ob. cit., § 4, 19-22, pp. 75-7.

<sup>23</sup> *Manual...* cit., p. 32, e *Princípios...* cit., pp. 80-2.

<sup>24</sup> *Princípios...* cit., p. 81.

<sup>25</sup> Cf. Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 83-7.

<sup>26</sup> Decreto... cit., pp. 29 e 32. Cf., do mesmo autor, Poder regulamentar do Executivo... cit., pp. 187, 189 e 193.

regulamentos deveriam se referir tão-só àqueles que estão submetidos ao poder hierárquico, o que não se verifica. Assim, essa perspectiva, a nosso sentir, peca pelo fato de vislumbrar tão-só os efeitos internos dos regulamentos, menosprezando os necessários efeitos externos da função regulamentar. A questão ainda merecerá maiores esclarecimentos (cf. Parte 2, item 3.3.4., *infra*).

A lição de Diógenes Gasparini também acolhe a tese de que a função regulamentar é inerente à função administrativa. Para ele o poder regulamentar se justifica numa atribuição originária, inerente à capacidade de executar as leis. Essa capacidade de aplicar a lei é atribuída ao Executivo, sendo o regulamento o primeiro passo na execução da lei. "Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função"<sup>27</sup>. Assim, diz o autor, o Executivo não carece de autorização legislativa específica; exerce ordinariamente seu poder quando há lei a executar, e extraordinariamente quando não há lei a executar<sup>28</sup>.

Não vemos possibilidade de se acolher a tese segundo a qual o fundamento do poder regulamentar reside numa atribuição originária. Isso equivaleria a colocá-lo fora dos patamares jurídicos. Essa argumentação equivaleria à busca de uma essência material da função administrativa no bojo da qual encontraríamos também o poder regulamentar. Equivaleria, ademais, a desconectar a Administração Pública de seu pressuposto de atuação, a lei, invertendo o eixo de compreensão do Direito Administrativo, ou seja, enfatiza-se o poder em detrimento do direito do administrado.

Os poderes administrativos são poderes jurídicos, conferidos pelo ordenamento. Não se trata, portanto, de uma decorrência natural do exercício de uma função de executar as leis. Fundamentar a função regulamentar como decorrência da função de executar as leis poderia justificar a presença de uma função regulamentar também no Judiciário, pela simples razão de que também ele executa as leis. Essa tese também justificaria a possibilidade de todo agente público — porque tem competência para a prática de ato administrativo — editar regulamentos, o que não se confirma na prática<sup>29</sup>.

A tese da delegação também não se ajusta ao nosso ordenamento jurídico, pois, como já destacado no início deste estudo, ela é vedada por nossa Constituição, a qual cabe a

---

<sup>27</sup> *Direito...* cit., p. 119.

<sup>28</sup> *Poder...* cit., pp. 27-8.

<sup>29</sup> Essas considerações também se prestam para infirmar a proposta de Eros Grau. Para esse autor, a habilitação ou autorização legal não é fundamento da função regulamentar: é mero expediente. O fundamento estaria na "vocação do ordenamento jurídico para realizar-se como um todo" (*O direito...* cit., pp. 249-50).

atribuição de função legislativa. Ademais, o regulamento não possui força de lei, não caracterizando, portanto, delegação.

O fundamento da função regulamentar, portanto, deve ser encontrado no ordenamento jurídico, mais especificamente no ordenamento jurídico-constitucional. Nesse sentido, mais uma vez, recorreremos aos ensinamentos de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: "La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una «fuente» de Derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del legislativo, es, por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional"<sup>30</sup>.

O nosso ordenamento constitucional, com efeito, atribuiu *privativamente* ao presidente da República a competência para expedir regulamentos para a fiel execução das leis (Constituição, art. 84, IV). Esse é, pois, o fundamento jurídico-constitucional de sua função regulamentar. O texto também é bastante claro no sentido de que essa é uma atribuição destinada à execução da lei. Vale destacar que a fórmula de somente se admitir regulamentos para a execução das leis é tradicional em nosso direito constitucional. Já na Constituição de 1824, art. 102, somente se admitia a expedição pelo Poder Executivo de "Decretos, Instruções e Regulamentos adequados à boa execução das leis".

Contudo, no atual regime constitucional, em face da competência privativa do Presidente da República, falta explicar o fundamento dos atos normativos de inúmeros outros órgãos da Administração.

O exemplo espanhol, que vive situação, nesse ponto, assemelhada, talvez ajude a compreender essa possibilidade normativa, pois o art. 97 da Constituição espanhola atribui o poder regulamentar apenas ao Governo<sup>31</sup>. No entanto, há regulamentos editados pelos Ministros e outras autoridades independentes. Essa possibilidade regulamentar depende,

---

<sup>30</sup> Ob. cit., p. 186. Não nos parece de todo acertada a crítica de Sérgio V. Bruna à tese de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, quando afirma que exigem previsão constitucional, mas a dispensam caso a Constituição nada diga, porque esse é um costume constitucional inequívoco. Conclui, assim, que "Não parece também haver sentido em exigir, como fazem García de Enterría e Ramón Fernández, a existência de previsão constitucional para o exercício do poder regulamentar, ao mesmo tempo dispensando tal autorização pelo reconhecimento de uma 'prática constitucional inequívoca'" (ob. cit., p. 82). Na realidade, o que os autores espanhóis destacam é que se a Constituição escrita nada diz sobre o poder regulamentar, se deveria então localizar o costume constitucional inequívoco que autorizaria a edição de regulamentos. Assim, exige-se sempre permissão constitucional. É o que extraímos do seguinte trecho: "(...) pero, aun si la Constitución escrita nada precisase habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo en la existencia de una costumbre constitucional inequívoca" (ob. cit., p. 186).

<sup>31</sup> Constituição espanhola, art. 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".

então, de uma habilitação legal específica. Contudo, esses regulamentos não podem vincular os cidadãos, sob pena de violação do art. 97 da Constituição espanhola.

Na hipótese dessas habilitações legais ultrapassarem o âmbito interno da Administração, o conteúdo substancial e efeitos dessa norma devem estar previstos nas leis formais<sup>32</sup>. "Serán, por ello, Órdenes ministeriales de pura ejecución, pero como tales nos son suficientes para crear Derecho material nuevo, con directivas políticas o jurídicas propias"<sup>33</sup>.

Sobre as administrações independentes espanholas (inspiradas nas *regulatory commissions* americanas), detentoras de possibilidades normativas nas áreas que regulam, a conclusão dos autores é a mesma:

"Entendemos que estas regulaciones secundarias pueden tener valor organizativo y que en el plano normativo externo, aparte de poder integrar como normas técnicas la remisión expresa de algunas Leyes, tendrán normalmente valor interpretativo, que, salvo en supuesto indicado, no vinculan al juez, por las mismas razones que han quedado expuestas al tratar de la potestad reglamentaria de los Ministros"<sup>34</sup>.

A solução proposta pelo ordenamento jurídico argentino caminha em sentido próximo. Assim, explica Agustín Gordillo, que a faculdade de editar regulamentos é outorgada principalmente ao Poder Executivo e só de forma limitada ao Chefe de Gabinete. Somente por exceção se admite essa faculdade, de maneira limitada, às entidades descentralizadas, ressalvado o caso das autoridades independentes. Conclui, portanto, que fora desses casos, é necessária uma norma expressa de lei que autorize a regulamentação por órgãos diversos<sup>35</sup>.

No ordenamento jurídico português, explica J. J. Gomes Canotilho, o fundamento do poder regulamentar reside na própria Constituição: essa é a fundamentação jurídica, a que deve ser levada em conta e não a justificação política, material ou prática. Então como explicar as hipóteses de regulamentos que não têm fundamento direto na Constituição? A resposta, explica, passa pela compreensão de que a função regulamentar não compõe um sistema fechado, mas um sistema aberto e assim autoriza a atribuição pelo legislador. É preciso transcrever trecho da lição para sua boa compreensão:

"O fundamento constitucional dos regulamentos não deve, porém, ser compreendido em termos análogos ao fundamento jurídico-constitucional dos actos legislativos (actos primários). O sistema jurídico-constitucional dos actos legislativos assenta no princípio da tipicidade (é, pois, um 'sistema

---

<sup>32</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 191-3.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 193

<sup>34</sup> *Idem*, p. 196. A exceção indicada pelos autores, refere-se ao Banco de Espanha, que teve sua competência normativa reforçada pela Ley de Autonomia de 1994, promulgada com amparo no Tratado da União Européia.

<sup>35</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, p. VII-39.

fechado'), ao passo que o regime jurídico do poder regulamentar é compatível com um *sistema aberto* em que o legislador, nos quadros da constituição, tem a possibilidade de atribuir e modelar poderes regulamentares (é o que acontece, hoje, por exemplo, em relação aos poderes regulamentares das entidades administrativas independentes)"<sup>36</sup>.

Também na Itália, conforme explica Luís S. Cabral de Moncada<sup>37</sup>, a forma normal de expedição de regulamentos é o decreto presidencial, cuja previsão encontra-se no art. 87 da Constituição italiana. A previsão constitucional, no entanto, não serviu para reservar-lhe a elaboração de todos os regulamentos. A conclusão do autor, já quando analisa o ordenamento jurídico português, é a seguinte: a atribuição de poder regulamentar pode acontecer tanto em nível legal como em nível constitucional. Mas a fundamentação constitucional não basta para fundamentar um regulamento, é preciso uma lei para a fundamentação de cada regulamento, para lhe servir de parâmetro de controle<sup>38</sup>.

Entre nós, uma proposta de solução, é apresentada por Eduardo Salomão Neto. Para o autor, os regulamentos expedidos com fundamento no art. 84, VI, da Constituição da República independem de autorização específica em lei para sua expedição. Mas o dispositivo constitucional não seria capaz de impedir a produção de regulamentos autorizados pelos demais órgãos da Administração Pública<sup>39</sup>.

A solução, portanto, passaria por reconhecer que, no caso brasileiro, os atos que *não* são editados pelo Presidente da República, ou seja, que não encontram fundamento no art. 84, IV, da Constituição da República, devem buscar seu fundamento numa autorização ou habilitação legal específica. Além disso, tais normas regulamentares deverão ter o conteúdo substancial de suas determinações previstas na lei habilitante, sob pena de inconstitucionalidade. A questão ainda será retomada. Cuidemos, por enquanto, da definição de regulamento. Basta nesse ponto a consciência de que a função regulamentar pode não se restringir exclusivamente à hipótese do art. 84, IV, da Constituição da República.

---

<sup>36</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 834, os destaques são do original.

<sup>37</sup> Ob. cit., p. 558 e nota 894.

<sup>38</sup> *Idem*, pp. 1.018-20.

<sup>39</sup> Eduardo Salomão Neto. *Direito...* cit., p. 110.



### 3.2. O REGULAMENTO COMO NORMA OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO

Em razão das considerações desenvolvidas nos tópicos anteriores, devemos procurar uma definição de regulamento capaz de indicar sua não-coincidência com o ato administrativo e com a lei. Outra questão a ser enfrentada refere-se à restrição imposta pelo nosso ordenamento constitucional positivo quanto ao sentido do termo regulamento. Assim, a Constituição da República, art. 84, IV, estabelece que o regulamento é ato privativo do Presidente da República. Em razão do princípio da simetria entre os órgãos da federação, também é atribuição dos chefes dos Executivos dos Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>40</sup>.

Essa é uma regra tradicional de nosso direito constitucional. Segundo Diógenes Gasparini, essa determinação constitucional se explicaria pelo fato de o Chefe do Executivo participar do processo legislativo<sup>41</sup>. Parece-nos, contudo, que exatamente por participar do processo legislativo não se justificaria sua atribuição. O dever-poder regulamentar parece estar mais ligado à execução da lei ou à discricionariedade na execução da lei do que à participação no processo legislativo. Afinal, como já dito, o regulamento não se equipara à lei.

Porém, não há como negar que o regulamento, segundo nosso texto constitucional, é atribuição privativa do Presidente da República. Isso seria lutar contra a letra expressa da Constituição. E mais: essa competência é indelegável, salvo na hipótese de regulamento que disponha sobre organização e funcionamento da administração federal ou sobre a extinção de cargos e funções públicas, quando vagos<sup>42</sup>. Então, é legítimo questionar: são necessariamente inconstitucionais todas as leis que atribuem alguma possibilidade normativa aos demais órgãos da Administração Pública, especialmente às agências reguladoras?

A questão não tem nada de simples e demanda um grande esforço a justificativa e o reconhecimento do exercício de função regulamentar para além da atribuição constitucional. Partindo-se da hipótese de que não são necessariamente inconstitucionais as leis que atribuem possibilidade normativa às agências, tem-se que tais atos normativos são, também, atos

---

<sup>40</sup> Cf., a propósito, a definição de regulamento de Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., p. 6, e *Direito...* cit., pp 119-20, já transcritas neste estudo (Parte 2, item 2.2., *supra*).

<sup>41</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 108-11.

<sup>42</sup> Interpretação, *a contrario sensu*, do art. 84, parágrafo único da Constituição: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...) VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargo público, b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (...) Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

regulamentares. Vale dizer, seguem o mesmo regime de limitações impostas ao regulamento. E mais: em razão da subordinação hierárquica devem, em princípio, respeitar as normas expedidas pelo Chefe do Executivo no exercício de atribuição privativa constitucional regulamentar, salvo naquelas áreas em que lhes cabe autuar com certa autonomia. Não seriam, em sentido estrito, regulamentos, valeriam, muitas vezes, como ato infra-regulamentar, mas, por certo, se sujeitam ao mesmo regime jurídico dos regulamentos, ou seja, às mesmas limitações.

Em verdade, a palavra regulamento, como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, não isola uma categoria de atos uniformes, sequer esses atos se restringem ao Executivo<sup>43</sup>. Assim o denominador comum refere-se ao ato geral e abstrato expedido fora do exercício da função legislativa. O autor destaca, contudo, que "*o sentido principal da voz 'regulamento' está reportado a atos emitidos pelo Chefe do Executivo*"<sup>44</sup>. Define, pois, regulamento como ato geral, normalmente abstrato, de competência privativa do Presidente da República<sup>45</sup>. Ainda assim, Celso Antônio Bandeira de Mello, revelando a proximidade de regime desses atos, conclui o capítulo dedicado ao *regulamento no direito brasileiro* de seu *Curso* asseverando que: "Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, as instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo"<sup>46</sup>.

Ainda na doutrina nacional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Geraldo Ataliba admitem apenas regulamentos veiculados por decreto presidencial. Restringem, pois, a função regulamentar à exercida pelo Chefe do Executivo com fundamento na Constituição da República.

A primeira autora, quando analisa o poder normativo das agências reguladoras, sustenta que apenas o órgão constitucionalmente qualificado exerce o poder regulamentar, e a

---

<sup>43</sup> É necessário afirmar, ainda que em nota, que os regulamentos efetivamente não se restringem à Administração Pública. Reduzimos, contudo, nosso objeto de estudo aos atos normativos da Administração Pública, embora se deva reconhecer que o Legislativo e Judiciário são capazes de expedir regulamentos. Essa conclusão é necessariamente coerente com a possibilidade de exercício da função administrativa por esses órgãos. Cf. Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, p. VII-15-6, e, neste estudo, Parte 1, item 2.5. São, pois, atos normativos no exercício de função administrativa. Aliás, assim compreendemos também a possibilidade normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), prevista no art. 103-B, § 4º, I, introduzido pela Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. Os atos do CNJ são, portanto, necessariamente, infralegais. Esse, contudo, não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal. É mister reconhecer que o STF concluiu que as resoluções do CNJ são atos normativos de natureza primária, isto é, aplicam diretamente a Constituição. V. STF, Pleno, Ação direta de constitucionalidade (medida cautelar) 12-6, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 16.2.2006, DJ .1º.9.2006, p. 15. Cf., a propósito, as críticas a essa ampla possibilidade normativa feitas por André Ramos Tavares. CNJ: Conselho Nacional de Justiça ou Congresso Nacional de Justiça. *Boletim Informativo IBEC*. n. 1, jan.–mar., de 2006, pp. 29-32.

<sup>44</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 313-4, os destaques são do original.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 317.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 343.

Constituição da República dispôs que somente ao chefe do Executivo cabe o poder de regulamentar as leis, sendo a delegação proibida. Também nega a possibilidade de se fundamentar uma competência normativa na existência de relações especiais de poder, eis que, em sua maioria, tais relações constituem reserva de lei. Admite, entretanto, que tais órgãos têm a possibilidade de, por atos normativos, interpretar e explicitar os conceitos indeterminados da lei, especialmente os de natureza técnica de sua área de especialização, mas não de baixar regras de conduta. Essas normas não seriam mais que a simples adaptação para situações concretas da previsão legal no que elas lhe conferem certa margem de flexibilidade e discricionariedade, que vão se definindo na medida em que as agências se deparam com situações irregulares. Assim, cabe a ditos órgãos apenas a possibilidade de edição de um novo tipo de direito "em nível hierárquico inferior às normas estatais" e, por isso, submetido aos regulamentos presidenciais<sup>47</sup>. Esses atos normativos surgiriam — assim entendemos — como que por indução: do particular para o geral, a exemplo de uma norma jurisprudencial. É de se notar, então, que segundo a autora, as agências reguladoras não têm a possibilidade sequer de exercer plenamente a regulação, que, segundo sua própria definição, "constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público"<sup>48</sup>. Ademais, a produção normativa por indução acaba gerando certa intranquilidade, difícil de ser aceita em setores de regulação mais sensível, como, por exemplo, a do mercado de valores mobiliários.

Já o segundo autor sustenta a nulidade dos regulamentos expedidos por órgão que não o Presidente da República<sup>49</sup>. Não obstante, em outro texto, reconhece que: "Na verdade, a regulamentação, feita pelo Presidente da República — na forma do art. 83, n. II, da Constituição [de 1967] — é a mais solene forma de exercício de uma atividade que todo órgão público deve, em maior ou menor medida, praticar"<sup>50</sup>. Assim, explica o autor, no mesmo trecho, que: "Tais 'regulamentos', 'lato sensu', são diariamente expedidos pelo Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, pelo Banco Central, pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Instituto Brasileiro do Café". Essa possibilidade justamente se explica pelo fato de a instituição desses órgãos consagrar um princípio de *self government*, logo não deve a regulamentação ser exercida pelo Presidente da República. Convém, entretanto, reconhecer que o autor não deixa de afirmar que, tais regulamentos, na realidade,

---

<sup>47</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Limites... cit., pp. 41-50.

<sup>48</sup> *Idem*, pp. 41-50.

<sup>49</sup> Geraldo Ataliba. Decreto... cit., p. 32.

<sup>50</sup> Poder regulamentar. Delegação... cit., p. 87

seriam meros regimentos ou disposições autonômicas, não se tratando de exercício próprio da função regulamentar<sup>51</sup>.

Embora também só admita regulamentos expedidos pelo Presidente da República, Diógenes Gasparini reconhece como atos infra-regulamentares os atos expedidos pelos demais órgãos da Administração Pública. "Os atos normativos baixados ante ou com apoio em tais autorizações [legais] não seriam, em sentido estrito, regulamentos. Seriam, na verdade, regimentos, estatutos ou instruções, que, no caso, consubstanciam atos infra-regulamentares". Ele destaca, ainda, que tais atos não infringem a regra da indelegabilidade, "já que entendemos autorizados pelo n. II do art. 85 da CF"<sup>52</sup>.

Ora, se o conceito deve, em tese, definir um regime jurídico, parece mais apropriado, para fins de sistematização das atividades envolvidas no exercício da função administrativa, relacionar o termo regulamento, num sentido amplo, a todos os atos normativos expedidos no exercício da função administrativa em execução à lei. Assim, o sentido amplo conferido à palavra regulamento se justificaria em função do regime jurídico substancialmente igual dos atos normativos abstratos da Administração Pública. Nesse sentido, portanto, a palavra denota um regime substancialmente igual, diferente da aplicação ampla da expressão ato administrativo, que denotaria regimes jurídicos próximos, mas díspares em pontos relevantes. Por isso, correta a definição de regulamento formulada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: "Se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración"<sup>53</sup>.

Em termos bastante próximos, encontramos as considerações de Daniele Coutinho Talamini. Reconhece a autora que somente ao chefe do Executivo cabe editar regulamentos na forma de decretos. Entretanto, a execução da lei está dispersa entre os diversos órgãos administrativos que também editam atos gerais e abstratos com vistas à plena execução da lei. Tais atos, explica, sujeitam-se, "em grande parte" ao regime jurídico dos regulamentos e, por isso, podem ser considerados como regulamentos em sentido amplo<sup>54</sup>.

Também Gustavo Binenbojm adota um sentido amplo ao termo regulamento. Explica que são regulamentos não só os atos expedidos pelo Presidente da República, mas também os

---

<sup>51</sup> *Idem*, pp. 88-9.

<sup>52</sup> *Poder...* cit., p. 109. O dispositivo constitucional citado por Diógenes Gasparini refere-se à Carta de 1967/1969, cujo teor corresponde ao do art. 87, parágrafo único, II, da Constituição vigente, como se vê: "Art. 85. Compete ao Ministro de Estado, além das atribuições que a Constituição e as leis estabelecerem: (...) II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos".

<sup>53</sup> *Ob. cit.*, p. 181. A conceituação de Hartmut Maurer é bastante próxima da dos autores espanhóis: "O regulamento jurídico é conceitualmente uma *norma jurídica promulgada por um órgão executivo*" (*ob. cit.*, § 13, 1, p. 389, o destaque é do original).

<sup>54</sup> Daniele C. Talamini, *ob. cit.*, pp. 80-1.

atos normativos das entidades administrativas às quais a lei atribui competência normativa. Fundamenta a constitucionalidade dessa competência normativa no art. 174, *caput*, da Constituição da República, que atribuiu de forma ampla à Administração Pública a competência normativa, desde que seja exercida na forma da lei. Invoca, ainda, as previsões constitucionais de criação de órgãos reguladores, de autarquias, além do princípio da eficiência administrativa (Constituição, art. 37, *caput*, e XIX, art. 21, XI, e art. 177, § 2º, III), tudo em prol da tese da competência não-exclusiva do Presidente da República para expedir regulamentos.

A diferença entre os regulamentos, segundo o autor, explica-se exclusivamente pela pretensão de maior alcance e generalidade do regulamento presidencial, enquanto os demais regulamentos são setoriais. Logo, as entidades reguladoras também exercem competência regulamentar ao lado do Presidente da República. Explica, ainda, que não deve necessariamente prevalecer o regulamento presidencial sobre o regulamento setorial. É que à hipótese aplicar-se-ia o princípio da especialidade em favor do regulamento setorial<sup>55</sup>. "Ademais, como a lei tem precedência sobre os regulamentos, a norma atributiva de competência (no caso, atributiva de competência à agência reguladora) prevalece sobre o regulamento presidencial"<sup>56</sup>. Bem por isso, classifica os regulamentos em *presidenciais* e *setoriais*.

É mister anotar, inclusive, que, quanto ao ordenamento jurídico argentino, o parecer de Agustín Gordillo é no sentido vedar a possibilidade de a autoridade central violar ou descumprir as normas da autoridade independente quando são de sua competência específica<sup>57</sup>.

Ainda na doutrina nacional, San Tiago Dantas também empregava o termo regulamento em sentido amplo:

"O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias"<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 153-6 e 280-1.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>57</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, p. VII-24.

<sup>58</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas. Poder regulamentar das autarquias [parecer]. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1953, 2ª edição, 2004, p. 153.

Também Marcelo Figueiredo<sup>59</sup> refere-se ao poder regulamentar de agências reguladoras e autarquias. Não restringe, pois, a função regulamentar à competência do Presidente da República, embora assente que essa capacidade regulamentar das autarquias não se confunde com o poder regulamentar do Presidente da República para estabelecer formas que viabilizem a aplicação da lei.

Ainda em nossa doutrina, Caio Tácito bem explicitou que o poder regulamentar do Presidente da República era incapaz de inviabilizar o poder normativo de outras autoridades. O texto é anterior ao da vigente Constituição, mas cabe anotar que também o texto da Constituição de 1967/1969 (art. 81, III) atribuía privativamente ao Presidente da República o poder de expedir regulamentos para a fiel execução das leis. Merece transcrição o trecho em questão:

"Se o poder regulamentar é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada impede — antes em determinadas circunstâncias aconselha — possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo. (...) Não somente o Presidente, pela via regulamentar constitucional, ou os Ministros de Estado, habilitados em lei, como ainda os chefes de serviços gozam de competência, até mesmo sem texto expresso, para editar normas de conteúdo materialmente legislativo, no âmbito de seus poderes de direção (...) Nem a interpretação histórica, nem a lógica ou a gramatical, podem conduzir à exclusividade do poder regulamentar [do Presidente], com desprezo da continuidade da legislação que, firmando princípios e diretrizes de regulação, compõe a atribuição normativa secundária de órgãos de fiscalização e controle de atividades econômicas, com endosso da doutrina e da jurisprudência. A norma de competência do Presidente da República é enumerativa, não sendo válido o raciocínio a contrario sensu, excludente de outra fórmula de ação normativa que a discricionariedade do legislativo entenda necessária e conveniente"<sup>60</sup>.

Com efeito, parece correto o entendimento de que o poder regulamentar não é exclusivo do Presidente da República, não obstante a dicção do texto constitucional. A competência normativa-regulamentar, conforme o já referido parecer de Gomes Canotilho<sup>61</sup>, é uma competência normativa aberta, diferente da competência normativa-legislativa, que é constitucionalmente fechada. Esse fato autorizaria a lei ordinária a habilitar determinadas autoridades administrativas a expedirem ato normativo em execução à lei. A Constituição da República oferece fundamento para essa possibilidade quando fala em poder regulamentar do Executivo e não do Presidente (Constituição, art. 49, V). Também quando concede ao Congresso Nacional o dever de zelar por sua competência em face da atribuição normativa de

---

<sup>59</sup> Ob. cit., pp. 191-3 e nota 31 e pp. 265 e 273, nota 6.

<sup>60</sup> Comissão... cit., pp. 1.079, 1.083 e 1.088.

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 834.

outros Poderes (Constituição, art. 49, XI). Quando estabelece a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade de "lei ou ato normativo do Poder Público" (Constituição, art. 97). Bem como quando prevê a ação direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade contra lei e ato normativo federal (Constituição, art. 102, I, *a*). Em especial, quando esclarece que a decisão da declaração de inconstitucionalidade por omissão deverá ser atendida por órgão administrativo em trinta dias (Constituição, art. 103, § 2º). Assim também na previsão da competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar mandado de injunção quando a norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (Constituição, art. 105, I, *h*). Isso sem falar na previsão do Estado como agente normativo e regulador prevista no art. 174, *caput*, além da previsão de, ao menos duas, entidades reguladoras (Constituição, arts. 21, XI, e 177, § 2º).

Se assim é, realmente, concebe-se como legítimo o uso amplo do termo regulamento. Essa definição seria capaz, ainda, de abrigar em seu conceito muitos dos atos infra-regulamentares. Convém, contudo, destacar que a possibilidade de expedir regulamento, como já destacamos, depende de uma expressa habilitação legal. Logo, não são regulamentos os atos normativos que pretendam a regulamentação de outro ato infralegal. Ou seja, não seriam regulamentos as normas que regulamentam outro regulamento.

Nesse ponto, cabe consignar, parenteticamente, dois esclarecimentos adicionais. O primeiro: não se cogita de habilitação para o exercício de função regulamentar por meio de medida provisória (Constituição, art. 62). É que a relevância e, especialmente, a urgência requeridas para a edição do ato não se ajustam à necessidade de ulterior regulamentação da norma. O segundo: na forma do art. 13, I, da Lei 9.784, de 29.1.1999, não pode ser objeto de delegação "a edição de atos de caráter normativo". Logo, o órgão habilitado não tem o poder de habilitar outro por meio de seus regulamentos.

Não obstante o reconhecimento dessa possibilidade regulamentar em sentido amplo, não se deve olvidar que cabe ao Presidente da República o exercício da direção superior da Administração Pública federal (Constituição, art. 84, II). Dessa forma, os atos do Presidente da República sobrepõem-se, de regra, aos demais atos normativos da Administração. Logo, somente na hipótese em que haja o reconhecimento legal e *constitucional* de autonomia para a disciplina de determinada matéria poderá ser admitida a aplicação do princípio da especialidade, que justificaria a prevalência da norma setorial em detrimento da norma

expedida pelo órgão de direção. A regra, contudo, é a prevalência das normas editadas com fundamento na atribuição regulamentar constitucional do Presidente da República.

Assim, parece correta, em certa medida, a advertência feita por Gustavo Binbenbom, antes referida, acerca da impossibilidade de regulamentos presidenciais revogarem ou invalidarem norma expedida por agência reguladora. Caso fosse possível a hipótese cogitada, toda a deferência à autonomia desses órgãos da Administração seria de pouquíssima valia. Logo, a autonomia que lhes é deferida poderá justificar a prevalência de suas normas no setor que lhe compete regular. Daí não parece ser correto tachar todas as normas editadas por agências e órgãos reguladores de infra-regulamentar, pois que essa atitude desprestigia e ignora a autonomia reconhecida a favor desses órgãos.

Estabelecido o fundamento da competência regulamentar, cabe, agora, quanto à definição ampla de regulamento, destacar o fato de que também não basta dizer que o regulamento é uma norma jurídica, pois a norma jurídica se define como uma prescrição, que pode ser geral e abstrata ou individual e concreta<sup>62</sup>. Bem por isso, é preciso dizer que o regulamento, num sentido amplo, é uma regra de direito objetivo ou norma abstrata. Cuida-se, pois, de uma deliberação tomada, não em consideração de um caso particular e atual, mas para regular todos os casos da mesma natureza, no presente ou no futuro, que possam ser abrangidos pela norma e, portanto, destinada a ser aplicada a todos indivíduos nas condições previstas pelo seu texto<sup>63</sup>.

Essa definição se justificaria para apartar os regulamentos — tanto em sentido estrito (regulamento presidencial) como também os regulamentos em sentido amplo — dos atos administrativos concretos. Ato administrativo e regulamento têm regimes jurídicos próximos porque ambos são expedidos no exercício de função administrativa. Há, contudo, distinções importantes, que devem ser conhecidas. Os regulamentos não são nem lei em sentido material nem ato administrativo geral: são coisas diversas. E vale a pena ou é útil diferenciar para melhor conhecer os regimes jurídicos que são próprios de cada atividade, especialmente em razão da quantidade crescente de atos normativos produzidos pela Administração em nossos dias, especialmente pelas chamadas agências reguladoras. Assim, já não se justifica definir o regulamento como ato administrativo geral ou abstrato. Se antes, em razão do pouquíssimo espaço que se reconhecia aos regulamentos não havia razão maior para a diferenciação entre ato administrativo e regulamento, na atualidade, diante da profusão normativa e da sua presença marcante, torna-se imperioso o conhecimento das diferenças de regime jurídico.

---

<sup>62</sup> Hans Kelsen, ob. cit., em especial, pp. 260 e segs.

<sup>63</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 715.



Também não devemos cometer o erro inverso de procurar definir o regulamento como lei em sentido material. Como esclarecemos em item próprio (cf. Parte 2, item 1.4., *infra*), o regulamento também não é lei. Isso porque não goza de sua força formal, logo é incapaz de vincular outro Poder.

Conclusivamente, podemos asseverar que o *regulamento*, em sentido amplo, ou metodológico-sistemático, é a regra de direito objetivo (abstrata), expedida em desenvolvimento à lei de habilitação, no exercício de função administrativa, e submetida a controle jurisdicional de legitimidade. Já em sentido estrito, ou constitucional-positivo, o regulamento é uma regra de direito objetivo (abstrata), expedida em desenvolvimento à lei, no exercício de função administrativa, e submetida a controle jurisdicional de legitimidade, pelo Chefe do Executivo, com fundamento em atribuição constitucional privativa. Dessa forma, reserva-se o termo *ato administrativo* para as declarações unilaterais, manifestadas mediante ato concreto complementar da lei, ou em cumprimento à determinação vinculante da Constituição, no exercício da função administrativa e submetidos a controle jurisdicional de legitimidade.

A conclusão, no entanto, não significa assentar que os conceitos indicados sejam os únicos corretos, ela deriva exclusivamente de considerações acerca do que se considera seja a melhor forma de sistematização da função administrativa.

### 3.3. CLASSIFICAÇÃO E TIPOLOGIA DOS REGULAMENTOS

Compreendido o sentido do termo regulamento, passamos ao estudo de sua classificação e tipologia. Classificação é a ordenação das realidades ou conceitos dentro de categorias segundo um critério determinado. Já a tipologia consiste em individualizar alguns modelos ou padrões pelas suas características normais<sup>64</sup>. No presente tópico apresentamos, por primeiro, duas formas de classificação dos regulamentos: uma com critério na relação do regulamento com a lei e outra com critério na existência ou não de efeitos externos à Administração. Logo na seqüência, cuidamos de estudar uma tipologia dos regulamentos, os regulamentos chamados de delegados, autorizados ou habilitados.

Usualmente, os regulamentos são classificados em executivos, independentes ou de necessidade. Essa classificação foi formulada há mais de um século por Lorenz von Stein e

---

<sup>64</sup> Cf. Marcello Caetano. *Princípios...* cit., p. 103.

tem por base a classificação usada à época para os costumes. A proposta tem por critério a relação do regulamento com a lei. Assim, os regulamentos executivos são *secundum legem*, os regulamentos independentes aproximam-se dos costumes *praeter* ou *extra legem*, e, finalmente, os regulamentos de necessidade fazem paralelo aos costumes *contra legem*<sup>65</sup>. Nessa proposta de classificação, os regulamentos delegados compõem um *tipo* especial de regulamento executivo porque não são atos alheios à lei ou contrários à lei. A questão merecerá maiores esclarecimentos quando se tratar especificamente desse tipo de regulamento. Cuidemos, agora, de cada uma das classes de regulamentos já indicadas.

### 3.3.1. REGULAMENTOS DE EXECUÇÃO

São os regulamentos que complementam e desenvolvem a lei na qual se apóiam. A lei, portanto, traça uma diretiva geral, deixando os tratamentos das minúcias normativas para a Administração. Eles visam desenvolver ou dar exequibilidade à lei em razão da qual foram editados. Embora gerais e abstratos, eles iniciam a aplicação da lei regulamentada. Esses regulamentos se justificam porque o Legislativo ignora, justamente porque não lhe dizem respeito, as complexidades da atuação da atuação administrativa. Também porque a lei, dessa forma, se torna mais perene, imunizando-se contra o fator tempo, enquanto os regulamentos podem ser alterados constantemente<sup>66</sup>.

Cabe perguntar: toda lei deve ser regulamentada? Entendemos que somente aquelas que não são auto-executáveis e que exigem aplicação pela Administração. Regras estranhas à Administração não devem ser regulamentadas porque não se justificaria como exercício de função administrativa<sup>67</sup>.

Não cabe, contudo, ao Legislativo dizer se a lei não deve ser regulamentada, vedando, pois, a expedição de regulamento pelo Presidente da República. À Administração sim caberá dizer sobre a necessidade de regulamentação da lei para sua adequada execução. Realmente, é que, no caso específico do Chefe do Executivo, a atribuição tem fundamento constitucional (Constituição, art. 84, IV). Assim, essa vedação significaria a revogação de

---

<sup>65</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 213-4.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 214.

<sup>67</sup> Diógenes Gasparini doutrina em sentido contrário. Reconhece o autor, entretanto, que "as leis que não serão executadas pelo Poder Executivo, carecem menos da explicitação regulamentar que as outras. São de fato leis auto-executáveis, na sua maioria. Esta verdade, acreditamos, não é suficiente para que uma observação parcial ou tendenciosa seja elevada à categoria de limite da atribuição, mesmo porque a prática desmente a pretensão dos que entendem possível a restrição". *Poder...* cit., p. 55.

disposição constitucional pela legislação infraconstitucional<sup>68</sup>. Entretanto, deve-se reconhecer que a legislação poderá exaurir a disciplina da matéria, vinculando por completo a ação administrativa e retirando ou reduzindo em muito a possibilidade regulamentar<sup>69</sup>.

Ademais, o argumento do fundamento constitucional da função não pode ser invocado na eventual vedação à atividade normativa dos demais órgãos da Administração. A competência normativa, nesses casos, depende de habilitação expressa na lei e, portanto, pode a lei impedir, se assim entender que bem atende ao interesse público. Aliás, presume-se a inexistência de competência dos demais órgãos da Administração Pública para expedir regulamentos, exigindo-se habilitação expressa por lei.

Diógenes Gasparini, no regime constitucional anterior, cogitou a possibilidade de regulamentação da Constituição pela Administração. Argumentava que a Carta de 1967/1969, porque não vedava expressamente essa possibilidade, autorizava, em algumas hipóteses, a sua regulamentação pelo Executivo<sup>70</sup>. No regime constitucional vigente, não há essa possibilidade. Afinal, até mesmo quando a doutrina admite, excepcionalmente, a aplicação direta da Constituição pela Administração para expedir *ato administrativo*, destaca que se trata de ato plenamente vinculado<sup>71</sup>. Logo, não há possibilidade de ato regulamentar — o que implica dizer em exercício de função administrativa — executivo da Constituição<sup>72</sup>. Ademais, tal possibilidade consistiria em clara violação ao princípio da estrita legalidade da Administração Pública.

Não se deve também deixar de registrar que certas matérias não estão ao alcance da Administração, sequer quando expede medida provisória com fundamento direto na Constituição (Constituição, arts. 62, § 1º, e seus incisos). Não só: certos dispositivos constitucionais também não admitem regulamentação por medida provisória (Constituição, art. 246). Portanto, ainda que se admita a possibilidade de a Administração editar regulamento executivo da Constituição, as hipóteses referidas, por óbvio, devem ser excluídas.

Cumprido, enfim, destacar que a proposta de classificação apóia-se numa compreensão ampla do que seja execução, como será desenvolvido com maiores detalhes ao tratarmos dos regulamentos delegados ou habilitados (cf. Parte 2, item 3.3.5., *infra*).

---

<sup>68</sup> Cf., nesse sentido, Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 54-5.

<sup>69</sup> Cf., nesse sentido, Geraldo Ataliba. *Decreto...* cit., p. 24.

<sup>70</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 58-9.

<sup>71</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 359.

<sup>72</sup> Cf., nesse sentido, Vicente Ráo, ob. cit., pp. 339-40, nota 116.

### 3.3.2. REGULAMENTOS INDEPENDENTES OU AUTÔNOMOS

São os regulamentos que não complementam ou desenvolvem nenhuma lei. Elas se desenvolvem à margem de qualquer lei autorizadora ou habilitante. Somente são admitidos quando expressamente prevista na Constituição uma reserva de matérias próprias à disciplina pela via do regulamento. "Não são editados no desenvolvimento de nenhuma lei e se expressam com base no exercício de prerrogativas legislativas, sustentados numa concessão de índole constitucional. Seu fundamento jurídico imediato é, portanto, constitucional"<sup>73</sup>. O regulamento autônomo caracteriza-se, então, como ato equivalente à lei tanto no sentido material como formal ou hierárquico<sup>74</sup>. Bem por isso, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>75</sup> argumenta que tais regulamentos são verdadeiras leis e assim devem ser considerados.

Não são, portanto, regulamentos autônomos os regulamentos complementares, os autorizados, bem como aqueles em desenvolvimento de lei-quadro. É que o regulamento autônomo encontra exclusivamente na própria Constituição o fundamento imediato de competência para sua emanção<sup>76</sup>.

Diógenes Gasparini<sup>77</sup>, no regime constitucional anterior, sustentou a existência de regulamentos autônomos. As hipóteses de regulamento autônomo por ele desenvolvidas, porém, estão mais próximas de um ato administrativo geral ou de um regulamento de necessidade, e não de um verdadeiro regulamento independente. Entre as hipóteses cogitadas, estão o decreto de intervenção, o decreto de estado de sítio, a alteração de alíquotas ou base de cálculo do imposto de importação, a concessão do indulto e o decreto que delega atribuições. É mister anotar que o autor, contudo, se esforça para refutar essa crítica<sup>78</sup>. Já Luciano Leite assenta que as hipóteses levantadas por Diógenes Gasparini se caracterizam como atos com força de lei, decorrentes do exercício de função legislativa atípica: são atos com força de lei, mas não regulamentos autônomos<sup>79</sup>.

Para Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández os regulamentos autônomos somente são admitidos no âmbito das matérias organizativas. Não se admite, pois,

---

<sup>73</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 77 e 131-3.

<sup>74</sup> Cf. Luciano Leite, ob. cit., pp. 62-3.

<sup>75</sup> Ob. cit., pp. 247 e 342-6.

<sup>76</sup> Cf. Gustavo Binenbojm, ob. cit., p. 160.

<sup>77</sup> *Poder...* cit., pp. 134 e segs. Em obra mais recente asseverou que esses regulamentos "desapareceram com a Constituição Federal de 1988", mas parecem voltar com a Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001 (*Direito...* cit., p. 122).

<sup>78</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 145 e segs.

<sup>79</sup> Luciano Leite, ob. cit., pp. 78-80. V., ainda, em sentido próximo ao de Luciano Leite, Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 89-91.

qualquer efeito externo à Administração, especialmente quando implique definição abstrata de deveres e obrigações para os particulares porque esta matéria é reservada à lei. Os autores espanhóis trazem advertência que se aplica com precisão também ao ordenamento constitucional brasileiro:

"... el Reglamento no puede ser independiente de la Ley por la simple razón de que la creación de Derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la Ley en el Estado Moderno (salvo que la Constitución así lo precisara, como en el caso francés, sistema que ya veremos en capítulo siguiente que es completamente ajeno al nuestro)"<sup>80</sup>.

A doutrina de Agustín Gordillo é ainda mais severa e mais ajustada ao nosso ordenamento jurídico. O autor argentino explica que é usual nos sistemas jurídicos latino-americanos a reserva total em favor da lei: não há, pois, áreas livres à Administração. Logo, não se ajusta a tais ordenamentos a concepção de que certos aspectos internos da atividade administrativa, especialmente referentes à organização administrativa, não podem ser regulados por lei, mas devem ser regulados por regulamentos autônomos<sup>81</sup>.

Analisando a questão em nosso ordenamento constitucional pretérito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello explicava que a hipótese de regulamentos *internos*, em verdade, caracteriza um regulamento delegado ou autorizado: "Correspondem, na verdade, a regulamentos delegados ou autorizados, mediante delegação implícita, ante a criação legal do serviço"<sup>82</sup>. Descabe por completo, portanto, falar em regulamento autônomo na hipótese.

A possibilidade de decreto dispor sobre organização e estruturação da Administração, na atual Constituição da República, é prevista no inciso VI do art. 84. Em estudo sobre a questão, quando vigente a redação original de referido dispositivo, Carlos Ari Sundfeld destacou que ele havia deferido uma competência ao Presidente da República para dispor sobre a organização e funcionamento da Administração a ser exercida na forma da lei. Dessa forma, não poderia ser interpretado com o sentido de conferir a possibilidade de edição de atos autônomos, sem fundamento em lei<sup>83</sup>.

Não obstante, parte da doutrina nacional tem procurado essa espécie de "regulamento autônomo", de eficácia exclusivamente interna, nas disposições do art. 84, VI, alíneas *a* e *b*,

---

<sup>80</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 217.

<sup>81</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, pp. VII-7-8.

<sup>82</sup> Ob. cit., p. 356.

<sup>83</sup> Carlos Ari Sundfeld. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos — limites da lei e do decreto regulamentar. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.-mar., 1991, n. 97, em especial, p. 46. A redação original do referido preceito constitucional era a seguinte: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei".

da Constituição, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001<sup>84</sup>. Em sentido próprio, não são regulamentos independentes ou autônomos, isto é, na forma daqueles previstos na Constituição francesa de 1958. Isso porque esses regulamentos não podem revogar a lei, não gozam de uma reserva material própria e também não prevalecem diante de uma lei formal que disponha em sentido contrário, e estas são justamente as notas do regulamento independente<sup>85</sup>.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello nos dá garantias de que a hipótese regulamentar prevista no dispositivo constitucional citado não caracteriza regulamento autônomo. É que a hipótese da alínea *a* do art. 84, VI, se traduz numa simples manifestação do poder hierárquico, ou seja, numa mera competência para a organização exclusivamente interna de órgãos já criados por lei; logo submetida à legalidade. Equivale dizer, o Presidente já atua dentro de esquemas legalmente traçados e, bem por isso, na forma expressa no dispositivo constitucional não pode criar ou extinguir cargos públicos, cuida tão-só de um arranjo interno de órgãos previamente criados por lei<sup>86</sup>.

Não obstante, Gustavo Binbenjy anota que na doutrina formaram-se, sobre o tema (alínea *a* do citado dispositivo constitucional), três correntes. A primeira continua a negar a existência de regulamentos autônomos. A segunda, oposta a primeira, vislumbra no caso a criação de uma reserva da Administração, imune à lei em sentido formal, com fundamento, em especial, nas alterações sofridas no art. 48, XI, da Constituição da República pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001. A terceira — a que o autor entende correta — reconhece a existência de uma nova espécie de regulamento, incapaz, contudo, de afastar as exigências do princípio da preferência da lei. Vale dizer, poderá o Presidente da República dispor mediante regulamento sobre a matéria relativa à organização e funcionamento da Administração, mas as disposições legais posteriores, de iniciativa do próprio Presidente (Constituição, art. 61, § 1º, I), irão se sobrepor às disposições regulamentares. O autor ainda esclarece que se o legislador constituinte reformador tentou criar uma reserva em favor do regulamento, excepcionando os princípios da preferência e da precedência da lei, sua atuação foi, nesse sentido, inconstitucional, com ofensa aos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição da

---

<sup>84</sup> Constituição: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – dispor, mediante decreto, sobre: *a*) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargos públicos; *b*) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (redação determinada pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001).

<sup>85</sup> Sobre as características dos regulamentos autônomos, cf. Luciano Leite, ob. cit., pp. 51-3.

<sup>86</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 92-3, nota 9, e pp. 316-7. Cf., também nesse sentido, Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 189-90.

República. É que tais princípios são garantias fundamentais dos cidadãos e desdobramentos necessários da separação de poderes<sup>87</sup>.

Quanto à hipótese prevista na alínea *b* da disposição constitucional em questão, referente à possibilidade de extinguir cargos ou funções, mas desde que vagos, cuida-se, em verdade, de ato concreto, mais especificamente ato concreto contraposto ao que fora criado por lei<sup>88</sup>. Gustavo Binenbojm, por sua vez, destaca a importância prática de se entender a hipótese como ato concreto e de se evitar a confusão entre forma e substância. É que, admitindo-se que o ato é concreto, viabiliza-se o controle pela via do mandado de segurança<sup>89</sup>. Em verdade, viabiliza-se o controle jurisdicional difuso direto contra o ato, inclusive por meio de mandado de segurança.

Logo, fica afastada no caso qualquer possibilidade de se classificar os regulamentos expedidos com fundamento no art. 84, VI, da Constituição da República como autônomo, sob pena de se interpretar como inconstitucional a Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001<sup>90</sup>.

Contudo, é preciso reconhecer que os regulamentos expedidos com fundamento no art. 84, VI, da Constituição da República recebem a denominação de autônomo inclusive por ato da própria Administração: v. o art. 17 do Decreto Federal 4.176, de 28.3.2002, que disciplina as hipóteses de decretos autônomos<sup>91</sup>. Em verdade, a despeito disso, a nomenclatura indicada no referido Decreto não é capaz de atribuir aos regulamentos as características próprias e muito menos o valor jurídico-formal dos regulamentos autônomos.

---

<sup>87</sup> Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 166-170.

<sup>88</sup> Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 316-7.

<sup>89</sup> Gustavo Binenbojm, ob. cit., p. 166, nota 369.

<sup>90</sup> No entanto, a leitura apressada da ementa de um recente acórdão do Supremo Tribunal Federal pode levar à equivocada conclusão de que a tese de matéria reservada à Administração, por força da nova redação do art. 84, VI, da Constituição da República, foi acolhida pela Corte. Na oportunidade, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de vários dispositivos de lei estadual por violação à reserva de iniciativa do Chefe do Executivo. Ainda segundo a ementa, os dispositivos da lei impugnada também seriam inconstitucionais "porque dispõem sobre matéria que caberia ao governador regular por decreto (art. 84, VI, da Constituição)". STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.707-7/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15.2.2006, DJ 12.5.2006, v.u. A leitura do voto condutor, entretanto, não indica, de forma clara, que a questão é reservada à disciplina por decreto-regulamentar. Ademais, a violação à reserva de iniciativa do Chefe do Executivo já seria razão suficiente para a declaração de inconstitucionalidade, o que autorizaria a conclusão no sentido de que o segundo fundamento é mero *obiter dictum*, e não razão de decidir acolhida pelos demais ministros.

<sup>91</sup> Decreto Federal 4.176, de 28.3.2002, que criou a denominação *decreto autônomo*: "Decreto Autônomo. Art. 17. Serão disciplinadas exclusivamente por decretos as matérias sobre: I - extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; e II - organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. § 1º O projeto de decreto que dispuser sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, não disciplinará nenhuma outra matéria. § 2º O projeto de decreto que tratar da matéria referida no inciso II do caput não deverá regulamentar disposições de lei ou de medida provisória. § 3º Quando impossível ou inconveniente a observância do disposto no § 2º, os dispositivos que tratam da matéria referida no inciso II do caput serão separados daqueles que têm natureza regulamentar e agrupados por meio de especificação temática do seu conteúdo."

Por fim, digna de nota é a posição de Marcello Caetano sobre o fundamento dos regulamentos autônomos, inclusive porque se distancia um pouco das antes referidas. Para esse autor, o regulamento autônomo não depende de uma lei específica, mas está disciplinado por leis esparsas. Assim, tanto o regulamento de execução, como o autônomo servem à fiel execução da lei porque esse é o objeto fundamental dos regulamentos administrativos. Contudo, no caso dos autônomos "os respectivos autores exercem uma competência genérica de providenciar sobre a dinamização da ordem legislativa, e não a competência específica para executar certa e determinada lei"<sup>92</sup>.

Não nos parece, contudo, que tais regulamentos sejam autônomos; são, sim, regulamentos de execução, mas para a execução de várias leis. É apenas uma medida de economia da Administração, que prefere editar um só regulamento para regulamentar várias leis formais; hipótese possível, conforme entendimento de Diógenes Gasparini<sup>93</sup>, desde que as matérias tenham afinidade.

Contudo, a proposta de Marcello Caetano está longe de simplesmente admitir a expedição de regulamentos executivos de várias leis afins. Na verdade, constitui uma forma de desculpabilizar um regulamento genuinamente autônomo, como bem anota Luís S. Cabral de Moncada. O fundamento desse regulamento autônomo, então, deixaria de ser a execução da lei para se arrimar na dinamização da ordem jurídica em geral. Daí que o princípio da legalidade fica limitado ao seu conteúdo negativo (não-violação), ou seja, o regulamento independente fica à mercê de uma lei formal posterior, bem como não se admite sua afronta à lei formal<sup>94</sup>. Essa redução do conteúdo do princípio da legalidade ao seu aspecto negativo não se ajusta ao entendimento de que a lei é o pressuposto de atuação administrativa, na forma consagrada em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Daí o cuidado a ser observado quando a Administração pretenda se dispensar da indicação da lei que está regulamentando por aquele ato ou quando se limite a assentar que regulamenta várias leis mediante ato único. Pode a hipótese configurar verdadeiro regulamento autônomo, sem nenhum amparo em nosso ordenamento jurídico-constitucional. O fato revela mais argumento em prol da necessidade de se exigir fundamentação expressa dos regulamentos.

---

<sup>92</sup> Marcello Caetano. *Princípios...* cit., p. 81.

<sup>93</sup> *Poder...* cit., pp. 67-8.

<sup>94</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 681, nota 1.139, e 1.016-7.



### 3.3.3. REGULAMENTOS DE NECESSIDADE

São os regulamentos que, em função de uma situação extraordinária, justamente excepciona uma lei formal. Esses regulamentos se justificam, portanto, em função de um estado de fato emergencial, cuja excepcionalidade justifica a aplicação do princípio *salus populi suprema lex esto*. Isto é, a Administração vê-se compelida a atuar em razão das circunstâncias excepcionais para salvar os valores sociais supremos. Não é direito, mas dever da Administração atuar na legítima defesa da coletividade. A Administração não contradiz, mas excepciona a lei. Cuida-se, no entanto, de um poder sempre limitado no tempo. Encerrada a situação excepcional, encerra-se a eficácia da norma regulamentar, não se exigindo sequer a revogação formal<sup>95</sup>.

Em nosso sistema constitucional, é inviável pensar que a Administração está autorizada a adotar regulamentos de necessidade. Além do fato de já existirem previsões constitucionais para a regulamentação de situações excepcionais, como o estado de defesa e o estado de sítio, a Constituição da República prevê a medida provisória que, como se extrai do texto constitucional, deverá ser utilizada nas hipóteses de urgência e relevância (Constituição, art. 62). É aplicar, pois, à hipótese, o entendimento exposto por Diógenes Gasparini, que, já no regime constitucional anterior, entendia que esses regulamentos são substituídos pelos decretos-leis<sup>96</sup>.

As considerações de Sérgio Varella Bruna<sup>97</sup> também são nesse sentido. No entanto, este autor vislumbra a possibilidade de edição de regulamentos de necessidade por Municípios e Estados, caso não esteja prevista proibição. O raciocínio deveria ser justamente o contrário: devem ser vedados — inclusive por força do princípio da simetria — regulamentos de necessidade por Estados e Municípios sem fundamento na Constituição estadual ou na lei orgânica. O regulamento deve ser compreendido como poder jurídico, logo não se admite sua edição sem autorização no ordenamento jurídico. Vale lembrar que o princípio primeiro da Administração é o da legalidade estrita, daí não basta a simples não-proibição: é preciso uma autorização expressa para a edição de tais regulamentos de necessidade por Estados e Municípios<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 218, e Diógenes Gasparini. *Poder... cit.*, pp. 78-9.

<sup>96</sup> Diógenes Gasparini. *Poder... cit.*, p. 80.

<sup>97</sup> Ob. cit., pp. 91-3.

<sup>98</sup> Cf., a propósito, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual se assentou a "constitucionalidade da adoção de medidas provisórias pelos Estados, com a condição inafastável de que esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição Estadual e nos mesmos moldes impostos pela

Com efeito, é preciso refutar por completo essa hipótese para evitar um possível ciclo vicioso, no qual o Executivo "resolve" a crise por meio de uma decisão unilateral. Isso porque, noutra oportunidade, ele utiliza o precedente excepcional para justificar novo ato, e assim prossegue até, enfim, institucionalizar a medida<sup>99</sup>.

### 3.3.4. *REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS E REGULAMENTOS JURÍDICOS*

Além da classificação pelo critério da relação com a lei, a doutrina alemã ainda se propõe a distinguir os regulamentos em (i) administrativos e (ii) jurídicos, conforme o regulamento tenha ou não efeitos externos à Administração Pública. Assim, os regulamentos administrativos cuidam de disciplinar os aspectos internos de organização administrativa. Já os regulamentos jurídicos possuiriam efeitos externos à Administração para, mediante lei de autorização ou habilitante, condicionar a liberdade ou o patrimônio do administrado<sup>100</sup>.

Essa distinção não é adequada porque pretende retirar o caráter jurídico dos regulamentos administrativos. Assenta-se na premissa de que as questões internas da Administração não interessam ao Direito. Essa é uma concepção do período liberal, segundo a qual o direito se restringe às relações dos cidadãos entre si ou destes com o Estado, fundada num paradigma individualista<sup>101</sup>. Basta ver a valorização do procedimento administrativo para se constatar a importância das questões internas para o Direito Administrativo.

Ademais, as origens desse dualismo, explica Luís S. Cabral de Moncada, amparado em extensa pesquisa bibliográfica, revelam uma deturpação da concepção clássica, cuja dogmática não pretendia negar o caráter jurídico dos regulamentos administrativos, mas tão-só das normas que vinculassem os agentes nela integrados, as chamadas meras prescrições administrativas, sem negar o caráter jurídico dos regulamentos administrativos de organização. Tratava-se, pois, de uma tripartição reduzida, por uma postura de radicalização,

---

Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal". STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, j. 16.8.2006, por maioria, acórdão ainda não publicado. Trecho do voto da relatora publicado no Informativo STF 437, de 21 a 25 de agosto de 2006.

<sup>99</sup> Esse possível ciclo vicioso é lembrado por Bruce Ackerman quando trata das crises de governabilidade do sistema presidencialista, "resolvidas" por decreto unilateral do Presidente, após o quê se institucionaliza a prática ilegal. O Prof. da Yale University destaca, ainda, o seguinte: "This dismal cycle is already visible in countries like Argentina and Brazil, which only recently emerged from military dictatorships. A less pathological version is visible in the homeland of presidentialism, the United States". (The new... cit., p. 647).

<sup>100</sup> Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 242, e Hartmut Maurer, ob. cit., § 13, pp. 389 e segs., e § 24, 12, p. 701.

<sup>101</sup> Almiro do Couto e Silva. Princípios... cit., p. 50, e Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 62-3.

a uma bipartição. Bem por isso, hoje a mais moderna doutrina alemã mantém a distinção quase tão-só para efeitos didáticos, aplicando-lhe o regime global dos demais regulamentos: necessidade de lei prévia, controle judicial, publicação oficial e, ao menor indício de que o regulamento afeta direitos subjetivos, ele é considerado jurídico<sup>102</sup>.

Ainda assim, é deveras difícil imaginar a hipótese de regulamento que não se projete para além da Administração, ainda que indiretamente, seus efeitos, atingindo a esfera jurídica dos cidadãos. "Mesmo que repugne aos mais puristas imputar efeitos externos às normas internas, necessário é atribuir-lhes, pelo menos, efeitos jurídicos indirectos para o exterior"<sup>103</sup>. Embora se refira, nesse trecho, especificamente ao ato administrativo, também Agustín Gordillo repudia esse critério de classificação: "No puede hacerse diferenciación en base a esas circunstancias; debe tomarse en cuenta solo si e lacto tiene o no efectos jurídicos directos, prescindiendo de quiénes son alcanzados por tales efectos"<sup>104</sup>.

Aliás, o Direito italiano, explica Luís S. Cabral de Moncada, jamais permitiu, especialmente com fundamento na questão financeira, que a organização interna ficasse à livre disposição da Administrativa. A questão interna, segundo essa compreensão, compõe parte do poder de direção política (*indirizzo*) por força do princípio democrático e em sintonia com o regime parlamentarista. Nesse sentido, é expressa a Constituição italiana em seu art. 97 que o serviço público (*pubblici uffici*) será organizado segundo o disposto na lei de forma a garantir a imparcialidade e o bom andamento da Administração. A preocupação, portanto, em submetê-lo à legalidade transcende preocupações de garantia do administrado<sup>105</sup>.

O mais grave inconveniente dessa proposta de sistematização é a sua finalidade de reconhecer faculdades autônomas da Administração para a edição de regulamentos sem amparo direto na lei parlamentar, o que não se admite em nosso sistema constitucional. É a partir desses pressupostos que se viabiliza o abuso do poder regulamentar, inclusive com efeitos externos e de difícil controle diante de ausência de parâmetros legais de controle<sup>106</sup>. Essa proposta de cisão é ranço de uma compreensão do Direito como a disciplina da relação jurídica entre entes autônomos, historicamente datada, que já não se justifica. É preciso compreender que o âmbito interno da Administração não existe por si só e por isso não é

---

<sup>102</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 92-5 e 467-76.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 473.

<sup>104</sup> Ob. cit., Tomo 3, p. II-17.

<sup>105</sup> Cf. Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 592-600.

<sup>106</sup> *Idem*, pp. 1.061-72.

indiferente ao universo jurídico<sup>107</sup>. Logo, essa forma de classificação deveria ser descartada de plano.

O interesse, contudo, nessa possibilidade de diferenciação pode se justificar exclusivamente para demarcar maiores exigências de audiência pública e participação popular em atendimento ao princípio constitucional de devido processo legal (Constituição, art. 5º, incisos LIV e LV). Dessa forma, a participação do administrado nos procedimentos de elaboração dos regulamentos se justifica em razão da maior evidência de reflexos externos do regulamento: maiores reflexos externos exigirão maior participação popular, sem prescindir, no entanto, da legalidade. Mas não se deve admitir que essa classificação justifique uma atividade regulamentar autônoma da Administração, sob o argumento de que se cuida, exclusivamente, de questões internas, sem reflexos externos.

### 3.3.5. REGULAMENTOS DELEGADOS, AUTORIZADOS OU HABILITADOS

Após esses esclarecimentos, é possível avançar para o estudo específico dos regulamentos chamados de delegados, autorizados ou habilitados. Os regulamentos delegados são aqueles editados para regular matéria determinada — matéria essa que normalmente estaria fora da competência regulamentar — nos termos da autorização concedida na lei delegante. Por meio da delegação há uma ampliação da atribuição regulamentar, limitada, porém, à matéria e aos termos da delegação<sup>108</sup>. Com esse sentido, o regulamento delegado não pode ser admitido em nosso ordenamento constitucional que veda a delegação de atribuições, afinal não se pode delegar atribuições já delegadas<sup>109</sup>.

Mas o termo "delegação legislativa" também pode ser empregado em um sentido bastante amplo. Assim, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández explicam que a relação entre lei e regulamento pode ser circunstancialmente alterada pela lei que habilita a Administração para regular determinado tema. "La ley de habilitación o delegación opera, pues, sobre la relación Ley-Reglamento, extendiendo el ámbito de este último mediante un apoderamiento singular referido a un tema y materia concretos"<sup>110</sup>. Essa alteração circunstancial do sistema da relação lei e regulamento é o conteúdo da delegação legislativa. Não se trata de transferência da atividade legislativa do Poder Legislativo para a

---

<sup>107</sup> *Idem*, pp. 496-7.

<sup>108</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 43 e 72.

<sup>109</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 43-4, e 72, e *Direito...* cit., pp. 119-20.

<sup>110</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 253.

Administração. Isso dependeria de disposição constitucional, e não da lei fazer. O processo é mais simples: cuida-se de um apelo da lei ao regulamento para que complemente o seu sentido. Os autores, portanto, utilizam o termo delegação em sentido bem amplo, que não se restringe à habilitação para a prática de ato equivalente à lei. Haveria, assim, para os autores, três tipos de delegação legislativa: (i) *delegación recepticia*; (ii) remissão normativa; e (iii) deslegalização (*deslegalización*)<sup>111</sup>.

O primeiro caso refere-se às hipóteses previstas no art. 82 da Constituição espanhola, e é muito próximo da lei delegada prevista no ordenamento constitucional brasileiro. O ato, assim, tem força de lei e não nos parece seja, em verdade, um regulamento. Tanto assim que o regulamento não pode revogar esse ato, somente à lei cabe alterá-lo.

Já no caso da remissão não há ato equivalente à lei. Há remissão quando uma lei reenvia a uma norma ulterior, que será elaborada pela Administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação que a própria lei estabelece. A norma da Administração não se apropria do conteúdo da lei delegante, bem por isso tem valor apenas de regulamento. A remissão, portanto, diferente da delegação, não se esgota com o seu exercício, salvo na hipótese de revogação da lei delegante. A delegação só se faz em favor do Governo. A remissão, ao contrário, pode ser feita a distintos órgãos da Administração. Os autores sustentam inclusive a possibilidade de remissão nas hipóteses de reserva material da lei. Contudo, nesses casos, a lei não pode abdicar de sua reserva, restando ao regulamento cuidar das questões procedimentais. A lei não pode promover, então, a deslegalização da matéria porque isso implicaria infringência à reserva de lei.

A *deslegalización* ou deslegalização, por sua vez, é "la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración"<sup>112</sup>. O regulamento pode, assim, modificar a regulação prevista na lei formal porque há uma lei formal posterior que o autoriza. É uma técnica de manipulação das classes de normas. A lei de remissão é uma lei de regulação material incompleta, já a lei de deslegalização simplesmente não regula a matéria. Também se distingue da delegação porque não se esgota com seu exercício. Por não regular a matéria, é completamente incompatível com as hipóteses de matérias reservadas à lei. Os autores destacam que o campo por

---

<sup>111</sup> *Idem*, pp. 254-280.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 277.

excelência da deslegalização é o organizativo interno da Administração porque neste a interposição da lei não é exigida<sup>113</sup>.

A tese de deslegalização não é admitida em nosso ordenamento jurídico. É que a lei de deslegalização simplesmente não regula a matéria: limita-se a viabilizar os regulamentos, em espaços onde, até então, vigia lei. A possibilidade, portanto, claramente infringe a tese da não-delegação de funções. Essa também é a opinião de Gustavo Binenbojm, quando analisa as possibilidades de delegação normativa na obra de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: "... a tese da deslegalização não tem guarida no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro"<sup>114</sup>. Com efeito, como explica o autor, as hipóteses de poder normativo primário do Executivo são as de edição de medida provisória (Constituição, art. 62) e de delegação legislativa (Constituição, art. 68). Fora dessas hipóteses, simplesmente entregar toda a regulamentação à discricionariedade da Administração é "delegação legislativa inominada" e consistiria em "fraude ao processo legislativo"<sup>115</sup>.

Resta, então, apenas avaliar a compatibilidade da remissão normativa com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Diógenes Gasparini traz um alerta importante. Se o regime constitucional permite a delegação de poderes, basta ao regulamento se conter aos limites da lei para que seja legal. Caso o regime constitucional não permita a delegação não basta esse exame para concluir pela legalidade do regulamento, "já que é imperioso o exame da própria delegação sob pena de fraudar-se a vedação"<sup>116</sup>. Esse trecho deixa entrever a possibilidade de regulamentos delegados, desde que a "delegação" não configure fraude à vedação. Nesse sentido, aproxima-se tal delegação da remissão normativa referida por García de Enterría e Fernández.

A lição de Diógenes Gasparini também se aproxima da de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>117</sup>. Após explicitar as diferenças entre delegação para legislar e autorização para completar os contornos da lei, Bandeira de Mello encarece que só a separação de poderes não inviabiliza a delegação de poderes, desde que não seja expressamente proibida. Entretanto, ainda que se imponha a proibição de delegação, cumpre examinar caso a caso para se verificar se a habilitação não constitui delegação disfarçada do poder de legislar. Quando o arcabouço legislativo já está traçado na lei e o regulamento simplesmente complementa ou desenvolve

---

<sup>113</sup> Sobre as teses expostas, cf., a propósito, Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 83, nota 50, e Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 272-3, trechos nos quais estes autores se esforçam para explicar, de forma sucinta, a doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

<sup>114</sup> Gustavo Binenbojm, ob. cit., p. 275.

<sup>115</sup> *Idem*, pp. 275-8.

<sup>116</sup> *Poder...* cit., p. 74.

<sup>117</sup> Ob. cit., pp. 346-52.

seus termos, não haveria delegação para legislar. Mas se a previsão legal é restrita, de maneira a conferir à Administração toda a obra legislativa, aí, então, há delegação proibida de poderes para legislar. O autor, assim, cogita a possibilidade de se delegar poderes à Administração para apurar fato e determinar estado de coisa. Tais hipóteses são exemplificadas: a incumbência do Executivo de fixar regulamento com tabelamento de preços ou com as indicações das zonas residenciais e comerciais de zoneamento urbano. Mais a frente, explica que tais regulamentos são atos de execução da lei; configuram, pois, os chamados regulamentos contingentes<sup>118</sup>.

O parecer de Caio Tácito também não é distante das considerações já postas. Após analisar os pronunciamentos do Conselho de Estado francês na vigência da Constituição francesa de 1946 — que também proibia a delegação de poderes — conclui que o legislador pode se limitar a fixar as regras essenciais e deixar ao Governo o trabalho de complementá-las. Daí conclui que:

"Não é inconstitucional, mesmo nos países contrários à delegação de poderes, a participação do Executivo na criação do direito objetivo. Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu próprio espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar"<sup>119</sup>.

Outro autor a defender a possibilidade de regulamentos autorizados ou delegados é Castro Nunes. O autor destaca, inclusive, que a opinião predominante, entre os juristas da época, era pela recepção, em termos relativos, da regra da proibição da delegação. Explica, ainda, que essa possibilidade tinha várias explicações:

"Vários fatores concorrem para a legitimação, aqui, como em toda a parte, da legislação delegada. Um deles, a inaptidão dos corpos legislativos, numerosos ou heterogêneos e divididos pelo espírito partidário para a elaboração de certas leis, que exigem preparo técnico e alta ponderação; outro, a lentidão dos métodos legislativos que não comportam a readaptação da lei a circunstâncias novas e imprevistas em pontos de detalhe. Outro, ainda, o caráter predominantemente econômico ou administrativo de certas leis, a serem completadas pelo govêrno, com melhores e mais seguros elementos de informação. Eis porque ninguém mais pregoa o princípio [da proibição de delegações] com a rigidez da época liberal"<sup>120</sup>.

Almiro do Couto e Silva, por sua vez, esclarece que o advento do Estado Administrativo ou Administração prestadora de benefícios justificou mudanças na compreensão da legalidade. Assim, o Estado de nossos dias não pode prescindir de decisões prontas, expeditas, que não podem aguardar o procedimento legislativo. Bem por isso, embora

---

<sup>118</sup> *Idem*, p. 355.

<sup>119</sup> As delegações... cit., pp. 509-10.

<sup>120</sup> Delegação... cit., p. 7.

a delegação seja proibida (refere-se à Constituição de 1967/1969), essa proibição tem caído em desuso, preferindo-se o recurso às leis delegadas atípicas ou disfarçada<sup>121</sup>.

Ainda na doutrina nacional, Eros Grau admite a hipótese de regulamentos autorizados, que em muito se aproximam dos casos de remissão antes referidos. O professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco propõe a distinção entre função legislativa e função normativa. Esta é o gênero do qual a primeira é espécie. A segunda define-se por um critério material, como a função de emanar estatuições primárias contendo preceitos abstratos e genéricos, seja em decorrência de poder originário, seja em decorrência de poder derivado. Já a função legislativa é definida, numa perspectiva orgânica ou formal, como a capacidade de emitir atos sob a forma de lei. A função legislativa concentra-se no Legislativo, a função normativa está presente nos três poderes. Logo, o Parlamento não delega atribuição sua, mas autoriza ou mesmo determina o exercício da função normativa da Administração<sup>122</sup>. Regulamentos autorizados, define Eros Grau, são aqueles "que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa *explícita* em ato legislativo, importam o exercício pleno daquela função — nos limites da atribuição — pelo Executivo, inclusive com criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa"<sup>123</sup>.

Já Tércio Sampaio Ferraz Júnior registra que, a rigor, deveríamos reconhecer e admitir apenas a delegação nominada, prevista no art. 68 da Constituição da República. "A doutrina, no entanto, costuma reconhecer a existência — *de fato* — de um outro tipo de delegação, cuja natureza delegatória é, inclusive, discutível, denominada *delegação inominada*"<sup>124</sup>. Esse fenômeno diz respeito à admissão de normas de implementação de diretrizes e princípios gerais fixados em leis. O poder regulamentar, dessa forma, transcende os obstáculos da previsão constitucional que o restringe à competência do Presidente, bem como o delimita para mera fiel execução da lei. A configuração desse poder, explica, contraria uma compreensão tradicional do poder regulamentar, mas exige maior reflexão com a implantação do chamado Estado regulador. Assim, acaba por admitir o poder regulamentar como forma de delegação inominada, com a função de editar normas de complementação de leis-quadro, que indiquem princípios e diretrizes gerais. A delegação admitida pauta-se pela

---

<sup>121</sup> Almiro do Couto e Silva. Princípios... cit., pp. 51-2.

<sup>122</sup> Eros Grau. *O direito...* cit., pp. 239-42 e 252-4.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 253. V., do mesmo autor, Capacidade... cit.

<sup>124</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo, nov.-dez., 2000, vol. 35., p. 146, e *O poder...* cit., p. 277. Os destaques são do original.



instrumentalidade, na presunção de que houve prévia decisão do Congresso, e funda-se no princípio de eficiência da Administração, disciplinando a atividade pelos resultados<sup>125</sup>.

Não obstante as lições da doutrina antes referidas, é preciso reconhecer que não há possibilidade de admissão dos regulamentos autorizados em termos amplos em nosso ordenamento constitucional. Isso porque a tese, assim apresentada, não indicaria os limites da autorização. É fundamental a imposição desses limites, indicando as matérias que devem constar da lei de autorização ou remissão sob pena de haver simples deslegalização da matéria, isto é, fraude à vedação de delegação.

O regulamento autorizado, em nosso ordenamento jurídico, não se justifica com a simples autorização para a emissão de normas gerais pela Administração. A legalidade não é mera exigência formal, ao menos na concepção de Estado de Direito consagrada em nosso ordenamento jurídico, ou seja, não se trata de mera precedência de lei. O caso de atendimento exclusivamente formal da legalidade configura fraude à vedação de delegação de poderes, bem por isso, é preciso indicar os limites *substanciais* do dever-poder regulamentar. Nesse sentido, parte da doutrina vem se referindo à necessidade de a lei fixar *standards* mínimos ou suficientes quando habilita certo órgão para o exercício de atividade normativa<sup>126</sup>. Também as considerações de Sérgio Varella Bruna<sup>127</sup> indicam que os regulamentos autorizados ou por delegação se ajustam ao nosso ordenamento, desde que a lei atribuidora de competência fixe as diretrizes para o exercício dessa competência, bem como a natureza, os limites e as finalidades a atingir. Ainda no mesmo sentido, a tese de Marcelo Figueiredo:

"Excluídas as matérias interditas pela Constituição, o legislador poderá, dentro de determinados limites e com cautelas, exercer certo grau de delegação, com reservas, sempre que indicar parâmetros adequados, claros e suficientes para a atuação normativa do órgão delegado"<sup>128</sup>.

Na realidade, não se trata de delegação de função legislativa e, por isso, também não se trata aqui da vedação contida no art. 25 do ADCT. Esse artigo não se refere, em verdade, aos regulamentos, pois estes decorrem de função regulamentar no exercício de função administrativa e não legislativa. E só a competência legislativa é que a Constituição assinalou com exclusividade ao Congresso Nacional<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Agências... cit., pp. 147-51, e Poder... cit., pp. 277-82.

<sup>126</sup> Cf., entre outros, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. *Regulação...* cit., p. 205, nota 90, e *A nova regulação...* cit., p. 93, nota 48, Carlos Ari Sundfeld. *Introdução...* cit., pp. 27-8, e Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *O poder...* cit., p. 280. Sobre a noção de *standard*, cf. José Roberto Pimenta Oliveira, ob. cit., pp. 163 e segs., e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., p. 413.

<sup>127</sup> Ob. cit., pp. 139-41.

<sup>128</sup> Ob. cit., p. 308.

<sup>129</sup> Nesse sentido, embora tratando especificamente da questão no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, v. Eduardo Salomão Neto, ob. cit., pp. 111-3.

O termo delegação legislativa, bem como o termo autorização, aliás, são bastante criticados pela doutrina<sup>130</sup>. É que, realmente, não tem cabimento falar em delegação se a autorização ou habilitação concedida à Administração não é para livremente dispor sobre a matéria com força de lei, mas sim para completar ou integrar o quadro normativo já traçado pela lei. Nesse sentido, a doutrina de Agustín Gordillo destaca que seria preferível chamar tais atos de "reglamento de integración"<sup>131</sup>. Não obstante, o autor argentino não deixa de indicar os riscos dessa possibilidade normativa, eis que a Administração acaba encontrando delegação onde ela não existe. Destaca, ainda, a expressa proibição da delegação na Constituição argentina de 1994 — inclusive com cláusula transitória que põe fim à legislação delegada —, ressalvada a competência das autoridades independentes<sup>132</sup>.

O termo autorização também não reflete adequadamente a hipótese. É que a autorização, em verdade, apenas remove um obstáculo ao exercício de um direito que o autorizado já possuía<sup>133</sup>. Ora, já refutamos a hipótese de que a função regulamentar é inerente ao exercício da função administrativa, portanto, o termo autorização também não parece adequado.

Daí a preferência por utilizar o termo habilitação, principalmente para a possibilidade de regulamentos fora da hipótese constitucional (Constituição, art. 84, IV). A habilitação é ato preliminar e necessário para que certos e determinados atos se executem validamente porque ela outorga capacidade ou autoridade à pessoa para executá-la, segundo a lição de De Plácido e Silva<sup>134</sup>. Analisando a constitucionalidade do Plano Salte, Afonso Arinos de Mello Franco também destacou que não havia delegação de poderes, porque essa era proibida pela Constituição então vigente, mas se cuidava de uma habilitação de autoridade: "O congresso concede ao Presidente da República uma habilitação de autoridade; transfere ao Presidente da República, especificamente, limitadamente, algumas faculdades de execução de certos preceitos, que estão expressos na lei que ele aprovou"<sup>135</sup>.

O recurso, contudo, ao termo habilitação não resolve o problema mais grave acerca das possibilidades e limites dessa lei de habilitação. É preciso saber se tais regulamentos são em todos os casos meramente executivos ou se podem complementar ou integrar o sentido da lei a ser regulamentada.

---

<sup>130</sup> Cf. Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 568-9, nota 912, e Sérgio Ferraz, ob. cit., p. 122.

<sup>131</sup> Ob. cit., Tomo 1, p. VII-32.

<sup>132</sup> *Idem*, pp. VII-33-5.

<sup>133</sup> Cf., nesse sentido, a lição de J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 762-3, ao esclarecer a natureza jurídica da lei de autorização.

<sup>134</sup> *Vocabulário...* cit., p. 672.

<sup>135</sup> *Revista de direito administrativo*, vol. 17, p. 467, *apud* Caio Tácito. Comissão... cit., p. 1.078.

A questão, nesse ponto, apresenta maiores dificuldades. É que a cisão entre regulamentos delegados, de integração e regulamentos executivos não pode ser traçada de forma clara e linear. Victor Nunes Leal já havia percebido esse problema. O eminente autor explica que o regulamento executivo não é mera repetição da lei, mas é um documento mais minucioso, mais detalhado, que complementa a lei. Se assim é, fica claro que a lei sempre deixa alguma coisa ao regulamento. Logo, toda lei passível de regulamentação deixa alguma margem à Administração, e, assim, essa lei contém alguma forma de delegação, por menor que ela seja. Ora, se pode o Congresso regulamentar determinada matéria até suas minúcias, mas assim não faz, deixando um espaço para a regulamentação administrativa, a situação, de alguma forma, é semelhante à delegação, embora não se cuide, claro, de delegação com os seus requisitos técnicos<sup>136</sup>. Por tal razão, destacava Victor Nunes Leal que:

"Por isso mesmo, não deixa de haver uma dose de contradição, por pequena que seja, entre proibir as delegações legislativas e conservar nas mãos do executivo a faculdade de regulamentar. Essa dose de contradição, ainda que mínima, explica as dificuldades que encerra o exame das validade dos regulamentos em regime de delegação legislativa proibida"<sup>137</sup>.

O problema da delegação também pode ser focado em sentido inverso ao proposto por Victor Nunes Leal, isto é, também a delegação é uma forma de execução de uma lei. No entanto, a lei que deveria antecipar minimamente qual é o conteúdo do regulamento a ser editado assim não faz. Assim como é possível ver uma "delegação" na possibilidade de editar regulamentos executivos, também é possível ver uma execução da lei na hipótese de regulamentos delegados. Afinal, nesses casos, "O fundamento do poder regulamentar é pois o próprio ato de delegação, sendo «*hoc sensu*» o regulamento em causa, ainda de algum modo, de execução"<sup>138</sup>. O problema, com efeito, da admissão dos regulamentos delegados refere-se mais de perto com o conteúdo da lei habilitante e não com o que se admite seja ou não editado pela via regulamento. Bem por isso, ao cuidar dessa questão no Direito italiano, Luís S. Cabral de Moncada assenta que a compreensão do que seja regulamento de execução só é segura por exclusão de partes. É que a execução também se refere à integração e à complementação da lei para lhe dar adequada execução. Logo, o conteúdo do regulamento não é aquele que é deduzido logicamente do conteúdo da lei, mas aquele que a lei funcionalmente confere à Administração, como atividade acessória ou instrumental ao atendimento das finalidades da lei. Nesse sentido, explica Cabral de Moncada, o termo execução significa operatividade prática da lei, em suas palavras:

---

<sup>136</sup> Victor Nunes Leal. Delegações... cit., pp. 98-9.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 102

<sup>138</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 569.

"Execução é assim sinónimo de operatividade prática da lei, o que não retira, a pretexto de uma visão rigorosa da legalidade, certa margem de liberdade à administração, à medida das necessidades funcionais de conferir operatividade prática a uma norma legislativa com insuficiente disciplina"<sup>139</sup>.

De toda sorte, fica excluída, em todas as hipóteses, que a lei abique toda a regulação em favor da Administração Pública: não cabe habilitação em branco, como, com acerto, explica Carlos Roberto Siqueira Castro ao tratar do poder normativo das agências reguladoras. A atividade normativa da Administração Pública, como bem esclarece o autor, não pode deixar de ser uma atividade de execução de políticas públicas já definidas pelo Parlamento. Cabe a transcrição de seu pensamento:

"Trata-se, enfim, da distinção entre *delegação normativa* e *abdicação normativa*. Isto significa dizer que se o Congresso Nacional, ao criar uma agência autárquica com poderes regulatórios, conferir uma espécie de cheque em branco à nova entidade para disciplinar como bem entender o setor ou as atividades sujeitas ao seu regramento, sem estabelecer *standards* mínimos (*minimum standards*) orientadores e limitadores para o exercício da função normativa delegada, tal importará em *abdicação legislativa* incondizente com o princípio da separação de poderes, com o postulado da legalidade formal e com o cânone da supremacia do Congresso em matéria legislativa. Tudo porque a agência reguladora deixará de ser um instrumento executor de políticas públicas definidas em lei, transformando-se indevidamente num legislador originário e livre de limitações que devem necessariamente ser estabelecidas pelo Congresso Nacional"<sup>140</sup>.

Essa forma de compreender a legalidade, inclusive, encontra amparo em precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como anota o próprio Siqueira Castro<sup>141</sup>.

Itiberê de Oliveira Rodrigues também destaca precedentes de nossa Corte em seu comentário à vedação de delegação legislativa durante a vigência da Constituição brasileira de 1967/1969, isto é, quando era expressa a vedação de delegação. Indispensável a transcrição do trecho em questão:

"Por outro lado, do mesmo modo que no período imperial ou na República Velha, um número significativo de leis e decretos-leis desse período autorizou a Administração Pública, inclusive entidades da Administração indireta, a editar normas em variados âmbitos da vida, muito embora inexistissem disposições constitucionais a tal respeito e, acima de tudo, no período da vigência da Constituição de 1967, por força da cláusula geral do art. 6º, parágrafo único, somente estarem reconhecidas as delegações expressamente previstas em seu texto. Assim, por exemplo: a Lei n. 4.595/1964 autorizou a edição de normas pelo Conselho Monetário Nacional; o mesmo fez a Lei n. 6.251/1975 em relação ao Conselho Nacional de Desportos; e também o Decreto-lei n. 73/1966 em relação ao Conselho Nacional de Seguros Privados. Em sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal entendeu, porém, como válidas e eficazes tais autorizações para legislar. Segundo o Tribunal,

---

<sup>139</sup> *Idem*, p. 567.

<sup>140</sup> Carlos Roberto Siqueira de Castro. *Função...* cit., p. 412

<sup>141</sup> *Idem*, p. 413. O autor se refere à ADI 1.668/DF (caso ANATEL).

bebendo em construções da jurisprudência norte-americana, tratar-se-ia de legislação autorizada onde meramente encontrava uma 'autorização para completar os contornos da lei, desenvolvendo-a dentro da órbita circunscrita' (RTJ 64/500) ou tratar-se-ia de mera 'flexibilidade na fixação de *standards* jurídico de caráter técnico' (RTJ 71/477)<sup>142</sup>.

Também Caio Tácito invoca precedente do Supremo Tribunal Federal para destacar que não é absoluta a proibição de delegação de poderes<sup>143</sup>. Logo, não haveria infringência à vedação de delegação se a atividade se limita ao desenvolvimento do conteúdo legal.

Portanto, o regulamento delegado, autorizado ou habilitante, se se quiser admiti-los em nosso ordenamento jurídico, deve ser reconduzido à figura da execução da lei, compondo modalidade especial de regulamento executivo, isto é, decorre de uma expressa autorização legislativa com adequada densidade normativa. Essa já era a advertência de Castro Nunes: "É forçoso dilatar o conceito da 'fiel execução' para dar maior ensanchas ao poder regulamentar do Executivo"<sup>144</sup>. Ainda segundo a lição desse autor é impraticável por em execução uma lei sem uma complementação pela própria lei admitida. Há uma necessidade, assim, de procurar fórmulas de acomodação. Já no parecer de Elival da Silva Ramos, a expressão "fiel execução" do texto constitucional não impõe necessariamente deva o regulamento se manter numa "acanhada e pouco criativa operacionalização do ato legislativo a ser executado"<sup>145</sup>.

A hipótese, contudo, de regulamento "habilitado-executivo" deverá se restringir aos casos em que não há exigência constitucional de regulamentação da matéria por lei, ou seja, não caberá nos casos em que se verifica reserva absoluta ou de densidade total de lei. E, diante da primazia da lei, fica vedada qualquer modificação dos elementos essenciais da disciplina já previamente ditados na lei. Assim, como assenta Luís S. Cabral de Moncada, ao analisar questão semelhante no Direito espanhol: "as condições a observar para a viabilidade do regulamento delegado são tais que ele acaba, mesmo sem o saber, por se transformar num regulamento de execução"<sup>146</sup>.

Mas não se deve olvidar que boa parte da doutrina ainda reluta em admitir os regulamentos autorizados, como constata Sidnei Turczyn<sup>147</sup>. Luciano Leite, por exemplo, embora defina os atos regulamentares como "comandos complementares da lei"<sup>148</sup>, é incisivo em afirmar a inadmissibilidade de regulamentos integrativos ou de complementação. Isso

---

<sup>142</sup> Ob. cit., p. 85.

<sup>143</sup> Comissão... cit., p. 1.079. O autor se refere ao *Habeas corpus* 30.355, publicado na *Revista de direito administrativo*, vol. 21, p. 134.

<sup>144</sup> Delegação... cit., p. 8.

<sup>145</sup> A valorização... cit., p. 85.

<sup>146</sup> Ob. cit., p. 762.

<sup>147</sup> *O sistema...* cit. pp. 363-5.

<sup>148</sup> Ob. cit., p. 12.

porque entende a autorização como disfarçada delegação de atribuição, que pode restringir a esfera jurídica do administrado. Para esse autor, o regulamento somente se justifica exclusivamente como um fator redutor da discricionariedade administrativa, capaz de reduzir o número de soluções possíveis<sup>149</sup>.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que os regulamentos autorizados "são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro"<sup>150</sup>. A crítica do autor é ainda mais contundente porque vislumbra na hipótese de autorização uma delegação disfarçada: "há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular toda vez que a lei remete ao Executivo a criação de regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade"<sup>151</sup>. Não obstante, o autor não deixa de reconhecer os chamados regulamentos *contingentes*, quando a dicção da lei comporta intelecções mais ou menos latas, mas alerta que se trata de um regulamento de execução, não delegado, nem autorizado. Ou seja, embora firme na inadmissibilidade dos regulamentos autorizados, não deixa de reconhecer os limites da lei na definição da atuação administrativa, como se pode apurar nessa sua consideração:

"Segue-se que os regulamentos *não podem aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam, na lei, previamente caracterizados e de modo suficiente*, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas"<sup>152</sup>.

Em outra oportunidade, o mesmo autor destacou que:

"Mesmo que não faça com precisão capilar, a lei tem que caracterizar o direito ou a obrigação, limitação, restrição que nela se contemplem, tanto como o enunciado dos pressupostos para sua irrupção e os elementos de identificação dos destinatários da regra, de sorte que ao menos a compostura básica, os critérios para seu reconhecimento, estejam de antemão fornecidos"<sup>153</sup>.

Esse tipo de compreensão da função regulamentar — ciente da propensão autoritária da Administração, em especial no Brasil — pretende colocar as mais duras amarras ao regulamento. Entretanto, reconhece que a previsão normativa legal apresenta seus limites e que outras vezes essa mesma previsão, embora pudesse ser mais precisa, prefere reconhecer a possibilidade de juízos discricionários da Administração, e autoriza, assim, o juízo subjetivo

---

<sup>149</sup> *Idem*, pp. 35-7 e 46.

<sup>150</sup> *Curso...cit.*, pp. 92 e 317. Também nesse sentido, cf. José Roberto Pimenta Oliveira, admitindo, contudo, certa relativização no que toca às relações de supremacia especial (ob. cit., pp. 291-3).

<sup>151</sup> *Curso... cit.*, p. 332.

<sup>152</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. "Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1993, n. 4, p. 75.

<sup>153</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. Regulamentação profissional – princípio da razoabilidade – desvio de poder [parecer]. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, abr.–jun., 1996, vol. 204, pp. 346-7.

do administrador. A lei, portanto, cria tão-só um quadro normativo cuja objetividade varia, explica Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>154</sup>.

O problema, então, refere-se ao grau de objetividade da lei. Em razão da realidade de uma presença mais marcante do Estado em vários setores que antes não lhe diziam respeito, bem como a complexidade e heterogeneidade de interesses vigentes na sociedade de nossos dias, impôs-se a necessidade de a lei se traduzir, muitas vezes, numa mera enunciação de padrões normativos, cujo grau de objetividade é deveras reduzido.

Daí se vê que realmente a Administração não é uma simples executora de normas cujo conteúdo lhe define da forma mais densa possível a sua atividade. A presença dos regulamentos em nosso cotidiano torna-se, então, mais contundente e expressiva. A necessidade de uma legislação mais flexível e de uma Administração mais dinâmica explica, em grande parte, o fenômeno do surgimento da Administração reguladora, capaz de criar direito, porque a lei não já não é capaz de suprir a demanda por normas a regular todos os setores de atuação e intervenção do hoje chamado Estado regulador. E cabe lembrar: regular é criar direito, como explica Sidnei Turczyn<sup>155</sup>, ou ainda, nas fortes palavras de Bruce Ackerman: "Regulators *make* law, and we would not want it any other way"<sup>156</sup>. Diante desse quadro, em que não é possível que o Parlamento atenda toda a carência de regulamentação, as opções são o reconhecimento de atividade ordinária legislativa do Executivo ou o recurso às figuras da autorização, da habilitação e do regulamento complementar. Captando a ironia histórica, explica Luís S. Cabral de Moncada<sup>157</sup> que, justamente quando se conseguiu eliminar os vestígios de uma competência autônoma do Executivo, a realidade, com a criação do Estado interventor, não se ajustou à dogmática jurídica.

Em verdade, não há necessária contradição entre criação infralegal de direito e a submissão da Administração à lei formal. Como ensina Caio Tácito: "O poder normativo não se exaure no ato emanado do Poder Legislativo. As fontes do direito se distribuem, hierarquicamente, em categorias sucessivas, de que também participa o Executivo"<sup>158</sup>. No mesmo texto, explica Caio Tácito, que a partilha da função normativa entre Parlamento e Executivo é característica do Estado interventor contemporâneo e, assim, o poder normativo da Administração vem se engrandecendo e renovando mesmo nos países em que a delegações legislativas são proibidas.

---

<sup>154</sup> Discricionariedade administrativa e controle judicial... cit., p. 20.

<sup>155</sup> Ob. cit., pp. 307 e 359.

<sup>156</sup> Ob. cit., p. 694, o destaque é do original.

<sup>157</sup> Ob. cit., pp. 148-9.

<sup>158</sup> Lei... cit., p. 477.

Assim vem se consolidando a compreensão de que não há fraude à delegação quando a lei indica a finalidade da regulamentação, além de estipular o direito substancial ou os princípios do setor regulamentado. Nesse sentido, na classificação antes proposta, com critério na relação do regulamento com a lei, o regulamento autorizado se caracteriza como regulamento de execução e não como regulamento independente da lei ou contrário à lei, pois a atividade não é livre de parâmetros legais: forma, pois, um *tipo* de regulamento executivo. Assim compreendidos, os regulamentos complementares ou habilitados pela lei formal não são necessariamente inconstitucionais. Isso porque, de um lado, se o regulamento não é independente da lei não há infringência à legalidade, mas, antes, é forma de execução ou de atendimento das finalidades previstas na lei. De outro lado, se o regulamento não possui valor formal de lei, não há infringência à separação de poderes.

No entanto, convém deixar bastante claro que a legalidade não se resume a uma exigência formal. Há uma exigência substancial a ser atendida pelo legislador. No Estado de Direito não há uma autorização global para a prática de atos normativos pelo Executivo, antes, há um dever do Legislativo de densidade normativa mínima. A lei, no Estado-de-Direito, não é mero instrumento de decisão política: "é uma regra de conduta orientada por critérios materiais precisos que lhe exigem um certo conteúdo, um determinado objecto e até uma intenção axiológica"<sup>159</sup>. Parafraseando Aristides Lobo<sup>160</sup>, o legislador está no Parlamento para fazer as leis e não para mandar fazê-las. Não lhe cabe, pois, transferir toda a responsabilidade para a Administração.

A necessidade de um conteúdo substancial na definição do que é concedido à Administração fazer ou deixar de fazer e a insuficiência do atendimento formal da legalidade ficam evidentes quando se imagina a previsão de atuação administrativa prevista em lei orçamentária. Há, pois, na lei orçamentária a previsão da quase totalidade de providências a serem adotadas pela Administração, mas ninguém imagina que a lei orçamentária é garantia suficiente ou atende plenamente as exigências da legalidade<sup>161</sup>.

Portanto, o debate sobre o tema dos regulamentos ganha mais operacionalidade e utilidade quando se suspende a discussão acerca do que pode ou não pode a Administração determinar mediante regulamento para se travar uma discussão acerca de quais são as exigências da legalidade. Vale dizer, é preciso definir quais são os deveres do legislador ao conceder função regulamentar à Administração. É discutir se realmente é possível deixar certo

---

<sup>159</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 106.

<sup>160</sup> *Apud* Victor Nunes Leal. *Delegações...* cit., p. 94.

<sup>161</sup> Sobre legalidade e lei orçamentária, em especial no Direito alemão, cf. Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 326-39.



espaço de livre atuação discricionário-normativa à Administração sem infringir as regras do Estado de Direito. Ora, se não se pode prescindir da discricionariedade-normativa da Administração, deve-se tentar indicar quais são as matérias ou pontos de regulação que, em hipótese alguma, serão regulados pela Administração e que devem, antes, ser definidos pela Legislação.

Em recente artigo publicado no Brasil, Tomás-Ramón Fernández destacou exatamente esse ponto: a falta de uma doutrina que enuncie um dever mínimo do legislador, estipulando com qual amplitude o Legislador poderá conceder poderes à Administração. Vale a transcrição:

"Esto es, sin embargo, lo que hay o, mejor dicho, lo que falta: una doctrina constitucional clara sobre la amplitud que el Legislador puede válidamente dar a los poderes, necesariamente discrecionales en alguna medida, que la Administración necesita para desarrollar las políticas que él mismo diseña"<sup>162</sup>.

Enfim, apurados quais são esses *standards* ou padrões normativos, o controle jurisdicional e não-jurisdicional da atividade regulamentar da Administração é capaz de se tornar mais efetivo e tranquilo, porque é com fundamento na lei e nos seus critérios que se poderá detectar a exacerbação da função regulamentar. O debate ganha, assim, maior rentabilidade, eis que já conhecemos quais são as questões que não estão submetidas ao juízo discricionário da Administração porque, antes de tudo, é dever do Legislativo oferecer seu juízo sobre a questão. E a partir dessa definição de um dever mínimo do legislador de disciplina da matéria, tudo o mais que será editado em via regulamentar poderá ser entendido, de certa maneira, como executivo, bem como será controlado com parâmetro na lei. A correção dessa perspectiva é indicada por Luís S. Cabral de Moncada:

"A questão do conteúdo do regulamento não deve ser resolvida isoladamente ou seja, a partir das características de cada tipo regulamentar, procurando ajuizar da sua viabilidade à face do modelo de legalidade, mas sempre em conjugação com o material legislativo disponível e em face dele (...) É freqüente deparar com uma maneira deslocada de colocar esta questão. Parte-se de uma tipologia geral dos regulamentos para apurar em abstracto da sua idoneidade face ao modelo de legalidade, quando o caminho certo é o inverso: partir da lei para avaliar do conteúdo que ela requer à norma regulamentar. O ponto de partida está na lei e não num tipo abstracto de regulamento. Se partir do princípio como é curial, que incube ao legislador um dever (legislativo) de densificação mínima do material normativo, desde logo no âmbito da reserva de lei, exceção feita para os casos em que a sua competência deva

---

<sup>162</sup> Tomás-Ramón Fernández. Viejas y nuevas ideas sobre el poder discrecional de la Administración y el control jurisdiccional de su ejercicio. *Revista interesse público*. Porto Alegre, mai.–jun., 2006, ano VIII, n. 37, p. 174.

restringir-se às bases gerais dos regimes jurídicos, toda a posterior actividade regulamentar será em maior ou menor medida executiva"<sup>163</sup>.

Essa forma de compreensão da legalidade evita qualquer embaraço diante de produtos legislativos não tão densos e que exigem da Administração um esforço para operacionalizar sua concretização.

Ademais, o alerta dos deveres da legislação em oferecer determinada densidade normativa em seus produtos, evita que a delegação normativa se transforme em escusa do Legislativo para não adotar condutas necessárias e impopulares. Afinal, não se deve ignorar que, muitas vezes, os regulamentos habilitados são utilizados pelo Legislativo como forma de se isentar do dever de definir uma política pública impopular. Por meio da habilitação regulamentar quer, assim, transferir para a Administração o ônus do desgaste político, esquivando-se de seus deveres<sup>164</sup>. Daí, portanto, mais um argumento em favor da indicação dos seus deveres, inerentes à função legislativa, não tolerando que deixe o Parlamento de ser o órgão de direção política global, como lhe exige o princípio democrático (Constituição, art. 1º, parágrafo único).

Assim compreendidos os regulamentos habilitados poderão se ajustar ao ordenamento jurídico constitucional porque eles compõem, como dito, um tipo especial de regulamento executivo. O debate até esse ponto, então, implica e justifica de forma suficiente a necessidade de discutir quais são os deveres do legislador ao habilitar a competência normativa da Administração, ponto que será discutido em seguida.

---

<sup>163</sup> Ob. cit., p. 1.037, os grifos não são do original.

<sup>164</sup> Cf. Sérgio V. Bruna, ob. cit., p. 93, nota 59.

## **4. LIMITES À FUNÇÃO REGULAMENTAR**

### **4.1. ATENUAÇÕES ÀS EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE?**

Nessa parte final, o objetivo é destacar quais são os deveres mínimos de densidade normativa a serem atendidos pelo Legislador nas hipóteses em que lhe seja possível habilitar a competência discricionário-normativa da Administração.

Antes, porém, é preciso deixar certo que não há hipótese em que seja possível prescindir da legalidade no exercício da função regulamentar. Com esse propósito, serão analisados na seqüência os principais argumentos invocados na atualidade para justificar uma atuação autônoma da Administração, quais sejam, (i) a discricionariedade técnica, (ii) as relações de sujeição especial de poder e (iii) os procedimentos participativos.

#### **4.1.1. REGULAMENTOS E DISCRICIONARIEDADE: A CHAMADA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA**

Onde não há espaço para juízos discricionários da Administração não há lugar para o regulamento. Se a lei já prevê o único modo de atuação possível para a Administração em determinada hipótese, ou seja, se a competência é vinculada, não há espaço para o regulamento<sup>1</sup>. No entanto, a doutrina reconhece um espaço para o exercício da função regulamentar alheio ao exercício de uma competência discricionária. Refere-se à hipótese em que o regulamento limita-se a enunciar as hipóteses sinteticamente já previstas na lei, ou seja, exclusivamente interpreta a lei para a comodidade de sua aplicação<sup>2</sup>.

Eros Roberto Grau doutrina em outro sentido. Explica que os regulamentos são estatuições primárias e vigem por força própria, ainda que não sejam expedidos no exercício de uma atribuição originária. São derivados apenas no sentido de que a atribuição desse poder deve estar contida na lei ou na Constituição. Logo, o fundamento do poder regulamentar "está nesta atribuição de poder normativo — e não no *poder discricionário* da Administração

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., p. 326.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 339, e Regulamento... cit., pp. 49-50.

(como, equivocadíssimamente, apregoam nossos publicistas)"<sup>3</sup>. A colocação do eminente autor não afasta, contudo, a conclusão de que o exercício dessa atribuição normativa — que, certamente, deve estar prevista na lei ou na Constituição — é o exercício de uma atribuição necessariamente discricionária. É que, como já dito, se a única hipótese de comportamento possível da Administração já está determinada na lei não há o que se agregar ao ordenamento jurídico pela via regulamentar. Logo, não se justifica o exercício da função.

Também Sérgio V. Bruna postula o entendimento de que é possível regulamento em caso de competência vinculada porque a "outorga de poderes vinculados não exclui a existência de alguma dose de liberdade no exercício da competência conferida, pois muitas vezes há mais de uma norma passível de aplicação"<sup>4</sup>. Na realidade, havendo mais de uma norma aplicável à hipótese, em sentidos divergentes, a questão deve ser solucionada mediante os critérios de conflito de normas (hierárquico, temporal etc.), ou seja, a questão é solucionada por interpretação, e não por regulamento<sup>5</sup>. Em síntese, ainda que o regulamento "resolva" o conflito de normas existente, ele terá caráter exclusivamente interpretativo, e não regulamentar.

Logo, parece mais acertado dizer que regulamento em competência vinculada serve apenas para enunciar conceitos sintéticos já indicados na lei. No entanto, cumpre reconhecer que podem ocorrer, na regulação, conflitos de valores, o que não se confunde com conflitos de normas. Os conflitos de normas devem ser eliminados, já os conflitos de valoração devem ser evitados porque infringem a regra isonômica<sup>6</sup>. Assim, o possível conflito de valores — em nosso sentir — diz mais de perto com alguma possível discricionariedade no que toca a finalidade do exercício da função regulamentar, questão que ainda será abordada (cf. Parte 2, item 4.2.2., *infra*), em razão da indicação de finalidades mediante conceitos indeterminados.

Já Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández compreendem que o exercício do poder regulamentar é o exercício de uma competência discricionária. "La potestad reglamentaria es, en efecto, una potestad discrecional; es decir, un poder configurado

---

<sup>3</sup> *O direito...* cit., p. 243.

<sup>4</sup> *Ob. cit.*, p. 142.

<sup>5</sup> "Missão da interpretação da lei é evitar a contradição entre normas, responder a questão sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível", ensina Karl Larenz. *Metodologia...* cit., p. 441.

<sup>6</sup> A distinção é tirada da lição de Karl Larenz: "As «contradições de valoração» não devem ser confundidas com as contradições de normas, que existem quando as normas ordenam para a mesma situação de facto conseqüências jurídicas que entre si se excluem. Uma contradição de normas *tem* que ser eliminada, seja porque se reconhece prevalência a uma norma, seja mediante a restrição de ambas, uma vez que é logicamente impensável que sobrevenham conjuntamente conseqüências jurídicas que reciprocamente se excluem. Contradições de valoração no seio do ordenamento jurídico têm que ser, decerto, aceites de vez em quando, mas estão em conflito com o princípio de igual tratamento para o que é igual e, portanto, a valorar idênticamente, e, por este motivo, *deveriam* tanto quanto possível ser evitadas". *Ob. cit.*, p. 472, os destaques são do original.

de tal modo que en su concreto ejercicio la Administración titular del mismo goza de una libertad de elección, mayor o menor, para adoptar sus determinaciones"<sup>7</sup>.

Logo, entendem esses autores, que se devem aplicar, no controle dos atos regulamentares, as técnicas de controle da discricionariedade. No entanto, há certa dificuldade nessa aplicação. A legislação, de regra, não exige expressamente motivação da norma regulamentar<sup>8</sup>. E a jurisprudência espanhola vacila em entender a exposição de motivos como motivação ou, pior, a entende inexigível. Lembram, contudo, que o art. 190 do Tratado da Comunidade Européia exige motivação nos regulamentos e diretivas<sup>9</sup>.

Também Rafael Bielsa encarece que "O poder discricionário da administração pública se exerce não só nas decisões individuais (...) mas também, a faculdade discricionária se aplica, com mais graves conseqüências ainda, no exercício do *poder regulamentar*"<sup>10</sup>.

De toda sorte, deve-se salientar que a discricionariedade não é termo equivalente de atuação livre. A discricionariedade se justifica exclusivamente para permitir à Administração adotar a providência ótima, vale dizer, regulamentar de forma a realizar superiormente o interesse público indicado na lei, devendo adotar a melhor solução possível. O interesse público é sempre o fim ou finalidade da atuação administrativa. A Administração Pública está posta numa situação de sujeição a esse dever de atingir a finalidade. E para o cumprimento desse dever cabe conferir-lhe certo poder instrumental. O poder, portanto, é apenas aquele suficiente ao atendimento da finalidade legalmente definida. Então, também podemos dizer que antes de ser poder, a competência discricionária é um dever, uma função<sup>11</sup>.

E já definimos a competência regulamentar como função, expressão de um dever-poder. Logo, função regulamentar e atuação discricionária não são capazes de indicar suas próprias finalidades de atuação, como ainda será analisado de forma mais detida.

A dificuldade, já bastante debatida pela doutrina e também já referida neste trabalho, é conciliar Estado de Direito, especialmente sua exigência de legalidade estrita, e discricionariedade. Segundo Gustavo Binembojm, "O Estado de direito curva-se ao pragmatismo, conformando a ele o seu projeto teórico"<sup>12</sup>. Logo, explica que se generalizou a

---

<sup>7</sup> Ob. cit., p. 205.

<sup>8</sup> A exceção, no caso brasileiro, fica por conta da Lei paulista 10.177, de 30.12.1998, e o seu art. 15, III. Ela exige que todo decreto regulamentar seja editado com exposição de motivos, que demonstre o fundamento legal de sua edição, a finalidade das medidas adotadas e a extensão de seus efeitos. Cf. Elival da Silva Ramos, ob. cit., p. 86.

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 205.

<sup>10</sup> Ob. cit., pp. 54-5. Os destaques são do original.

<sup>11</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 14-6 e 406, e *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., pp. 32-6..

<sup>12</sup> Ob. cit. p. 196.

perspectiva de que a discricionariedade é necessária, justificável e inevitável. Entretanto, a história do controle jurisdicional da discricionariedade é a história da criação de novos parâmetros de controle<sup>13</sup>. Ora, se é indispensável conferir certa discricionariedade à Administração e essa mesma Administração, pela edição de regulamentos, restringe o âmbito dessa discricionariedade e vincula-se aos seus termos, parece correto o argumento de Sérgio V. Bruna<sup>14</sup>, segundo o qual a edição de regulamentos também pode servir para aumentar a segurança jurídica do administrado.

Assim, o que se quer destacar nessa parte do trabalho são os seguintes pontos. Por primeiro, não há necessariamente uma incompatibilidade entre as noções de separação de poderes, legalidade e discricionariedade. Em seguida, evidenciar que a função regulamentar é expressão da discricionariedade que se reconhece à Administração. E, se assim o é, no controle dos atos regulamentares devem incidir, pois, todos os mecanismos jurisprudenciais e doutrinários de controle da discricionariedade, evidenciando-se, pois, a exigência de motivação do ato para a efetivação de seu controle jurisdicional.

Ademais, os controles referentes ao desvio de finalidade, à teoria dos motivos determinantes, à exigência de razoabilidade, de racionalidade e de proporcionalidade também incidem sobre as normas regulamentares. A atribuição, portanto, de função regulamentar, ao mesmo tempo em que reconhece a discricionariedade da Administração relativamente à apreciação da oportunidade e da conveniência da adoção de certas medidas, implica a incidência das responsabilidades correspondentes. Em especial, justifica a exigência de motivação do ato, que viabilizará o exame adequado do ato, ou seja, de sua pertinência à finalidade legal, de sua razoabilidade, racionalidade e proporcionalidade em vista da finalidade legal.

É preciso referir, ainda que brevemente, à relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade. Sobre esse aspecto existe forte e centenária polêmica na doutrina, que reside precisamente na questão atinente à existência de discricionariedade administrativa na definição de um conceito jurídico indeterminado. Parte da doutrina, inspirada pelo direito alemão<sup>15</sup>, sustenta existir discricionariedade, quanto aos conceitos indeterminados, apenas no plano abstrato, não, porém, diante de atos concretos. Logo, concluem que, diante do ato da Administração, somente se pode apurar se ele atende ou não

---

<sup>13</sup> *Idem*, p. 197.

<sup>14</sup> *Ob. cit.*, pp. 99-100.

<sup>15</sup> Convém assinalar que a jurisprudência alemã inicialmente propunha a completa sindicabilidade judicial dos conceitos indeterminados, mas hoje reconhece vários espaços de apreciação próprios da Administração. Cf. Hartmut Maurer, *ob. cit.*, § 7, 35-45, pp. 157-63.

ao conceito indeterminado, terceira possibilidade não há. Isso não significa que só existe uma solução possível para o caso, mas a necessidade de um juízo disjuntivo excludente acerca do ato praticado, ou seja, o ato atende ou não ao conceito indeterminado expresso na lei.

Os conceitos indeterminados, assim compreendem, localizam-se no antecedente ou suporte fático da norma, enquanto a discricionariedade está no plano da consequência ou dos efeitos jurídicos<sup>16</sup>. Daí não serem expressões sinônimas discricionariedade e conceito indeterminado, eis que a discricionariedade é a liberdade de decidir entre indiferentes jurídicos, enquanto o conceito indeterminado é um caso de aplicação da lei.

Parte dos doutrinadores, no entanto, não deixam de reconhecer, quanto aos conceitos indeterminados, uma "área de apreciação", que implicaria um controle jurisdicional limitado de tais conceitos com o fim de apurar a razoabilidade da opção da autoridade administrativa. Mas não se trataria de discricionariedade, pois o controle seria total sobre o ato da Administração, só esbarrando na impossibilidade cognitiva sobre a questão.

Não obstante tais considerações, não parece possível, a partir dessa construção, concluir pela inexistência, em todos os casos de conceitos jurídicos indeterminados, de discricionariedade para a expedição do ato. Ademais, é questionável, no caso, a aplicação da lei do terceiro excluído, pois essa lei lógica é aplicável quando os símbolos são precisos, mas não quando os símbolos são vagos, ou seja, justamente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados a dificuldade reside em se poder assentar, mediante critérios objetivos, a incidência ou não do conceito. Também é, no mínimo, questionável a distinção proposta entre "área de apreciação" e discricionariedade. Não parece haver distinção de fundo entre os conceitos, eis que "À medida que compete à administração um espaço de poder discricionário ou de apreciação, *ela* tem o direito à 'última decisão'"<sup>17</sup>.

Mas não é só isso: o acolhimento da tese implica a virtual eliminação da discricionariedade em todas as hipóteses, não só quanto aos conceitos indeterminados. É que qualquer atuação da Administração estará guiada por ao menos um conceito indeterminado — talvez um dos mais amplos deles —, o de interesse público. Logo, esse conceito, segundo essa doutrina, incide ou não na hipótese: não haveria terceira possibilidade e, por consequência, não haveria discricionariedade. Ora, já destacamos que a discricionariedade compõe uma

---

<sup>16</sup> Convém anotar, ainda que em breve nota, que o conseqüente da norma também pode apresentar conceito indeterminado em sua definição, embora a hipótese seja bem mais rara. É o que anota, com bastante pertinência, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Seria o exemplo da lei que determinasse a concessão anual de prêmios aos funcionários que preenchem certas condições sem especificar no que consistiria referido prêmio. Cf. Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, jul.-set., 1995, ano 3, n. 12, pp. 112-3.

<sup>17</sup> Hartmut Maurer, ob. cit., § 7, 6, p. 143. Não obstante essa consideração, o autor ainda propugna que seja mantida a distinção entre conceito indeterminado e a concessão de poder discricionário.

etapa necessária de concreção do ordenamento e a Legislação é incapaz de eliminar toda a discricionariedade. Daí a impossibilidade de se assentar inexistir discricionariedade quanto aos conceitos indeterminados.

É preciso compreender que os conceitos, embora indeterminados, possuem um campo significativo delimitado. Um conceito jurídico indeterminado não equivale a um sem sentido. Logo, à autoridade judiciária caberá apreciar se a aplicação do conceito indeterminado pela autoridade administrativa competente pautou-se no campo razoável de compreensão desse conceito<sup>18</sup>. Por isso, incide o controle jurisdicional acerca do conceito indeterminado com o fim de apurar se a conduta adotada pela autoridade administrativa ateu-se ao campo semântico razoável do conceito indeterminado, em especial considerando a delimitação contextual em que empregado o conceito pela norma e diante das circunstâncias concretas.

Entretanto, em determinadas hipóteses, ocorrerá a situação em que o juiz não será capaz de comprovar objetivamente que a escolha da Administração não se ajusta à compreensão razoável do conceito. São os casos nos quais Bernatzik<sup>19</sup> fala de um limite além do qual não se pode verificar a exatidão da conclusão atingida e, assim, é possível verificar que outros são de opinião diferente, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade ou que tenham uma opinião falsa.

A posição, assim, não deve ser extremada: não há como afirmar que o conceito indeterminado não se relaciona de nenhuma forma com a discricionariedade e também não cabe concluir que a presença de um conceito jurídico indeterminado é condição suficiente para a discricionariedade no caso concreto<sup>20</sup>.

Cabe, ainda, destacar que não basta o reconhecimento de discricionariedade em favor da Administração para lhe justificar a expedição de regulamentos. Logo, não basta que a lei contenha conceitos indeterminados para a edição de regulamentos. Exige-se mais: uma

---

<sup>18</sup> Assim se pronuncia Celso Antônio Bandeira de Mello quando aprecia a compreensão do termo "urgência": "Acreditar que, em casos desta ordem, o agente está livre graças à invocação destas expressões semi-indefinidas corresponde a atribuir-lhes uma significação 'mágica'. Equivale a conferir-lhes aquele condão de transformar as coisas". Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa: exame dos motivos ou pressupostos do ato — a noção de "causa" como requisito de legalidade [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, set.-out., n. 31, 1974, p. 36.

<sup>19</sup> *Apud* Afonso R. Queiró. A teoria... cit [1ª parte], p. 63.

<sup>20</sup> Sobre a relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados, a bibliografia é extensa, cf., entre outros, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional*... cit. pp. 20-8, Eros Grau, ob. cit., pp. 193-215, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 465-7, Genaro R. Carrió. *Notas*... cit., pp. 66-9, Gustavo Binbenjón, ob. cit., pp. 224 e segs., Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 121 e segs., Hartmut Maurer, ob. cit., § 7, pp. 140 e segs., Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ob. cit., pp. 84-115, Almiro do Couto e Silva. *Poder*... cit., pp. 57-61, e Afonso R. Queiró. A teoria...cit. [1ª e 2ª partes], e, deste mesmo autor, mas com alteração na sua compreensão sobre a matéria, Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jul.-set., 1969, vol. 97, pp. 1-8.



habilitação constitucional ou legal para a prática do ato porque lhe foi expressamente atribuída essa possibilidade. É que a possibilidade de editar regulamentos pressupõe discricionariedade como elemento necessário, mas não suficiente para a edição de regulamentos.

Ademais, a discricionariedade que viabiliza a expedição de regulamentos não deve se justificar no fato de que a melhor medida, isto é, aquela que melhor atende ao interesse público definido na lei, somente poderá ser apurada diante do caso concreto. Nesse caso, não há justificativa para a regulamentação, não há porque limitar abstratamente as hipóteses de aplicação da norma antecipando o que não é possível antecipar, já que o exercício do juízo discricionário pressupõe a análise do caso concreto<sup>21</sup>.

Feitas tais considerações preliminares, cumpre analisar o argumento acerca da viabilidade de regulamentos em razão da existência de *discricionariedade técnica*, expressão cunhada por Bernatzik, ainda no século XIX. No Brasil, o argumento tem sido atualmente agitado em favor das agências reguladoras. Alega-se, assim, a necessidade da função regulamentar ser reconhecida em favor das agências para expedir normas técnicas indispensáveis à regulação. Exerceriam, pois, tais agências uma regulação técnica. A discricionariedade técnica, assim, implicaria a impossibilidade de controle jurisdicional no tocante aos aspectos técnicos da regulação, sob o argumento de que sobre administração técnica entende a Administração em razão de sua formação técnica. A partir disso se construiu mais um *front* para a defesa da "independência" das agências reguladoras<sup>22</sup>.

O essencial a ser destacado sobre o ponto é a impossibilidade de o argumento justificar uma dispensa de legalidade.

Convém, por primeiro, explicar, com apoio na doutrina de Agustín Gordillo, a necessidade de se distinguir as regras estritamente técnicas — que seriam, em geral, indiscutíveis — e aspectos técnicos suscetíveis de controvérsia. Se a atividade é, fora de dúvida, tecnicamente errada, tal fato já basta para sua ilegitimidade, ainda que não haja normas legais ou regulamentares a regular a atividade: não há discricionariedade, mas vinculação.

Esses casos se ajustam à idéia de estrutura do âmbito material regulado, de que fala Karl Larenz: "são dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que quer que seja, e que ele toma em consideração de modo racional a propósito de qualquer

---

<sup>21</sup> Cf., nesse sentido, Daniele C. Talamini, ob. cit., p. 84.

<sup>22</sup> Sobre a questão, cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Discricionariedade...* cit., p. 484, e Egon B. Moreira. *Os limites...* cit., p. 217. Críticas quanto à existência de uma discricionariedade técnica, v. Eros Grau, ob. cit., pp. 214-5.

regulação"<sup>23</sup>. A norma, explica Larenz, não é vertida autoritariamente na realidade, mas parte dessa estrutura material, sob pena de ser materialmente inadequada<sup>24</sup>.

Já no caso de aspectos técnicos controvertidos, então, haverá certa liberdade do administrador para eleger uma das possíveis vias técnicas de solução. Contudo, em nenhuma hipótese há, em verdade, uma absoluta discricionariedade em matéria técnica. Discricionariedade e técnica são termos inconciliáveis, assevera, com apoio em Renato Alessi, Agustín Gordillo<sup>25</sup>.

Analisando a questão da discricionariedade técnica na perspectiva do Direito norte-americano e de suas agências reguladoras, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a ampliação de tarefas do Estado exigiu a idéia de especialização. Da especialização técnica decorria a idéia de neutralidade política, o que demandava a não-ingerência político-partidária nos órgãos reguladores. A partir desses pressupostos reconhecia-se ampla discricionariedade aos agentes reguladores. Esses três pilares do direito regulatório norte-americano, especialização técnica, neutralidade política e discricionariedade técnica começam a se desgastar já na década de 1960. Quanto à especialização, o enfoque não é o mais o interesse do setor regulado, mas a proteção do interesse público. Embora a idéia de neutralidade não tenha sido abandonada, foi percebida a conexão das medidas com valorações políticas. Daí a necessidade de ampliação das exigências procedimentais para análise da relação custo/benefício. Já no que se refere à discricionariedade técnica, ampliam-se os mecanismos de controle jurisdicional com a aplicação dos princípios de motivação, racionalidade e razoabilidade dos atos normativos. Em síntese, embora se continue a reconhecer às agências competências normativas para disciplinar aspectos técnicos em sua esfera de atuação, o processo de elaboração tem que ser documentado com todos os dados pertinentes, além de respeitar as exigências de razoabilidade das normas diante dos *standards* indicados na lei<sup>26</sup>.

O relato da experiência norte-americano e a enumeração das amplas exigências que se ergueram para prevenir a exacerbação do poder normativo são importantes para indicar que

---

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 469.

<sup>24</sup> *Idem*, pp. 470-1. Essa forma de compreender a discricionariedade técnica, inclusive, encontra amparo em precedente do Supremo Tribunal Federal, mediante o qual não se admitiu que a discricionariedade técnica justificasse o tabelamento de preços em nível inferior à realidade do custo de produção: "II – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa". STF, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, Recurso Extraordinário 422.941-2/DF, j. 6.12.2005, DJ 24.3.2006, por maioria, trecho da ementa.

<sup>25</sup> Ob. cit., Tomo 1, pp. X-15-6. A obra de Alessi indicada por Gordillo é *Diritto amministrativo*, t. I, Milan, 1949, p. 145. Cf., ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade... cit., pp. 486-7, também com base na doutrina de Alessi.

<sup>26</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade... cit., pp. 489-94.

não é possível uma cisão completa entre técnica e política nas atividades do Estado. Não há neutralidade que justifique o afastamento dos parâmetros legais, ou sequer capaz de imunizar a atividade de determinado órgão contra o controle jurisdicional<sup>27</sup>. Como destaca Marcelo Figueiredo, com acerto, não é possível separar atividade técnica e administrativa no exercício de atividades do Estado. Os rumos do Estado devem necessariamente ser fixados pela vontade política expressa pelo povo e não por burocratas do Governo. A idéia de neutralidade não justifica, portanto, poderes autônomos à Administração<sup>28</sup>.

As lições ilustram que, em verdade, sobre os aspectos nitidamente técnicos das atividades administrativas não há discricionariedade, logo, não há um dos pressupostos necessários para o exercício de função regulamentar<sup>29</sup>. Quando a técnica está unida a fatores não nitidamente técnicos, já se pode falar numa competência discricionária, justamente porque a questão foge da simples técnica. A questão não é exclusivamente técnica e, portanto, verifica-se certa discricionariedade concedida à Administração.

O argumento da técnica, portanto, não é suficiente para justificar uma atenuação nas exigências da legalidade, pois que é justamente quando não se apura mera técnica que se justifica a edição de regulamentos pelas autoridades administrativas, veiculando uma opção discricionária quanto ao ponto controvertido e, portanto, não exclusivamente técnico. Por isso que o recurso à ciência ou à técnica só se justifica para a caracterização dos elementos ou situações já previamente indicados na lei por conceitos indeterminados. Ou seja, recorre-se à ciência para delimitar o sentido de conceitos legais. Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>30</sup>, em tais casos, verifica-se como que uma conjugação de técnica e discricionariedade, pois entram em pauta tanto fatores técnicos quanto fatores de conveniência e oportunidade.

Daí que é falso o argumento que pretenda conferir poderes de regulamentação autônoma à Administração porque a questão reveste-se exclusivamente de aspectos técnicos. A técnica não é fundamento para a autonomia no exercício de atividade administrativa.

---

<sup>27</sup> Cf., nesse sentido, Egon B. Moreira, ob. cit., p. 219.

<sup>28</sup> Cf. Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 300-1.

<sup>29</sup> Cf. nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade... cit., pp. 497-9.

<sup>30</sup> Regulamento... cit., p. 49.

#### 4.1.2. REGULAMENTOS E SUPREMACIA ESPECIAL

Devemos destacar, também, que em determinadas situações reconhece-se à Administração *poderes* ou prerrogativas que não podem ser *imediatamente* derivados da lei. Tais poderes decorrem de uma relação específica entre aquele que está sujeito ao exercício do poder e a Administração. Dessa relação específica decorre uma supremacia especial da Administração. Fala-se, então, de uma relação especial de poder.

A origem das relações especiais de poder está relacionada à impermeabilidade dos atos internos do Estado às normas jurídicas, remonta, pois, a doutrina do estado do final do século XIX. A regra de direito, assim se entendia, regulava apenas a propriedade e a liberdade individuais e, bem por isso, não ingressa no âmbito interno do Estado, ou seja, nas relações deste com seus funcionários, soldados e detidos: esse era um âmbito considerado juridicamente livre. Esses sujeitos, quando ingressam no Estado, deixavam de ser cidadãos, perdiam a condição de entes autônomos, logo não podiam pretender que suas relações com o Estado fossem reguladas por regras jurídicas. Aí valiam apenas as regras internas da Administração, as chamadas prescrições administrativas. O caráter da relação especial era, pois, personalizado, fundado na lealdade e na confiança, e não jurídico. Tais relações se contrapunham as gerais, regidas pelo Direito e, por consequência, pela lei<sup>31</sup>.

É claro que essa forma de compreender a relação de supremacia especial, com a domesticação completa da Administração, já não se justifica. Na atualidade, não se imagina que a natureza da relação seja suficiente para abolir a legalidade. Logo, tais relações são relações jurídicas e, por consequência, submetidas à legalidade. A supremacia especial, portanto, é poder jurídico e limitado. E, por isso, e não obstante já completamente afastada sua compreensão original, continua a se empregar o termo para indicar uma possível relativização na compreensão da legalidade. O termo, portanto, refere-se aos domínios nos quais vigoram finalidades especiais de ordem pública, como no caso dos militares e dos detentos, que aconselham uma "relativa contracção da legalidade, se comparada com os restantes domínios da actividade administrativa e que se exprime na vigência de normas especiais de carácter menos garantístico"<sup>32</sup>. Não há, portanto, poderes originais ou autônomos nas relações especiais, o poder da Administração é sempre fundado na lei.

---

<sup>31</sup> Cf. Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 432-4, e Hartmut Maurer, ob. cit., § 8, 27, p. 195.

<sup>32</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 441.

Assim compreendidas, tais relações são admitidas em duas hipóteses: (i) nas relações entre o Estado e o círculo de pessoas que nele se inserem; e (ii) quando for *impossível* ou *inadequada* a regulamentação veiculada única e exclusivamente pela lei<sup>33</sup>.

O primeiro dos casos não se refere exclusivamente à relação entre servidores públicos e Administração, geralmente o primeiro exemplo que nos ocorre. Também se inserem os casos de disciplina daqueles internados em hospitais públicos, manicômios, presídios etc. Podemos referir ainda à disciplina dos estudantes da rede pública de ensino ou ainda dos usuários de bibliotecas públicas. Incluí ainda aqueles que contratam com a Administração Pública, recebem delegações de atividade estatais ou utilizam serviços públicos. Segundo Carlos Ari Sundfeld tais hipóteses podem ser assim sintetizadas:

"O particular estabelece com a Administração vínculos específicos, propiciatórios de poderes administrativos especiais quando: a) integra-se a seu aparelho burocrático; b) recebe delegação de atividade estatal; c) contrata com a Administração; ou d) utiliza serviço público ou é beneficiado pelo direito ao uso especial de bem público"<sup>34</sup>.

A segunda hipótese citada refere-se, além dos exemplos já citados, aos casos de regulação técnica, nos quais a regulamentação deve acompanhar as mudanças tecnológicas ou acompanhar contingências políticas, econômicas ou culturais. Nesses casos, não há como negar, a regulamentação legal é substituída por uma "cláusula geral" que se justifica pela impossibilidade de minuciosa regulamentação legal da matéria. Nesta seara, os regulamentos precisam disposições legais com referências a "conceitos precisáveis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem o influxo de rápidas mudanças advindas do progresso científico", como explica Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>35</sup>.

Não por outra razão, é que, com fundamento na compreensão de relação jurídica de supremacia especial, Marcelo Figueiredo<sup>36</sup> irá justificar o poder normativo das agências reguladoras e, por conseqüência, lhe impõe todas as limitações próprias ao exercício dessa forma de supremacia.

Não se deve imaginar, contudo, que o fundamento em uma relação especial de sujeição dispense, de toda forma, uma *fundamentação última na lei*. Logo, também se sujeitam às limitações materiais gerais que vigoram para todos os regulamentos. Bem por

---

<sup>33</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., 774-9.

<sup>34</sup> *Direito...* cit., p. 24.

<sup>35</sup> *Curso...* cit., p. 336. Sobre supremacia especial e também sobre regulamentos em setores técnicos, cf., na mesma ob. cit., pp. 774-9 e 336-9, respectivamente.

<sup>36</sup> Ob. cit., pp. 282 e segs. Cf., ainda, José Roberto Pimenta Oliveira, que também admite uma "competência normativa singular para o quadro regulativo das aludidas relações" (ob. cit., p. 293).

isso, Hartmut Maurer<sup>37</sup> recusa a doutrina do regulamento especial, promulgado para a regulação dessas relações. Isto porque, ou o regulamento atende às exigências constitucionais do art. 80, I, da Lei Fundamental alemã, ou ele é inadmissível. Ademais, tais atos normativos, por certo, não têm força de lei e, portanto, são incapazes de restringir, revogar ou contrariar o conteúdo da lei. Também por isso, lei formal posterior revoga a disciplina regulamentar.

Portanto, em todas as formas indicadas de relação especial, não se admite um alcance dogmático de sua compreensão para afastar a legalidade, ela vige apenas como critério de medida ou aconselhamento à lei no sentido de conter o seu empenho disciplinador, sem caracterizar exceção à legalidade, justificando tão-só deveres especiais de obediência e colaboração com a Administração. É que às peculiaridades das relações correspondem regulações especiais, mas isso sem derrogação das exigências da legalidade. Enfim, a relação de supremacia especial indica, tão-só, a necessidade de autocontenção do legislador<sup>38</sup>. A questão ainda merecerá maior detalhamento neste estudo (cf. Parte 2, item 4.2.3., *infra*).

#### 4.1.3. REGULAMENTOS E PROCEDIMENTOS DE LEGITIMAÇÃO

A função legitimadora dos procedimentos<sup>39</sup>, especificamente quanto aos atos regulamentares, foi objeto dos estudos de Sérgio V. Bruna. Essa função dos procedimentos, explica, justifica-se pela impossibilidade de se definir um ideal de justiça. A justiça, então, torna-se um problema constante para o sistema jurídico. Daí a necessidade de se institucionalizar os conflitos e, suspendendo a questão do fundamento axiológico, questionar-se não "o que se decidiu", mas sim "como se decidiu". É aí, então, que se revela a função legitimadora do procedimento, isto é, o procedimento é capaz de gerar "uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância", conforme definição de Niklas Luhmann, referida por Sérgio V. Bruna<sup>40</sup>. O procedimento, dessa forma, embora não seja capaz de gerar consenso, absorve eventual descontentamento, institucionalizando o conflito. Não basta, contudo, o procedimento para a legitimidade da decisão: requer-se, ainda, fundamentação, democratização, acesso à revisão

---

<sup>37</sup> Ob. cit., § 8, 31, p. 198.

<sup>38</sup> Cf., nesse sentido, Luís S. Cabral Moncada, ob. cit., em especial, pp. 446 e segs.

<sup>39</sup> No texto, utilizamos indiferentemente os termos processo ou procedimento administrativo. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...* cit., pp. 455-6.

<sup>40</sup> A obra de Niklas Luhmann citada por Sérgio V. Bruna é *Legitimação pelo procedimento*, UnB, 1980, p. 30.

judicial, publicidade, direito de audiência, eficiência da decisão. Enfim, o procedimento não esgota a questão da legitimidade<sup>41</sup>.

Já na primeira parte, tratamos, incidentalmente, da procedimentalização da atividade administrativa (cf. Parte 1, item 3.6., *supra*). O processo administrativo figura assim como uma forma de compensar o déficit de legitimidade decorrente da tendência da lei em não indicar de forma precisa qual o interesse público a realizar. O processo administrativo procura mudar o sentido da legalidade administrativa: ela não se manifesta mais na fiel execução da lei, mas na observância de um procedimento adequado à audiência dos interessados na sociedade civil. Verifica-se, ainda, uma deslocação da perspectiva da legalidade. A norma não é precisa, então, centra-se a questão na razoabilidade e não na subsunção. A subsunção perde, pois, o monopólio da aferição da legalidade, sem debandar, contudo, para o construtivismo jurídico. A legalidade passa a ser aferida por meio de um procedimento no bojo do qual é considerada uma multiplicidade de interesses relevantes, que influenciam a decisão final da Administração<sup>42</sup>.

Contudo, essa alteração deve ser recebida com cuidados: a democracia participativa não deve ser invocada como substituta da democracia representativa-parlamentar. Há questões nas quais não há forma de se prescindir da atuação unilateral do Estado, nas quais não cabem tentativas de concertação. Daí que dessa participação não se pode retirar a possibilidade de uma atuação autônoma da Administração com fundamento em procedimentos de audiência do administrado<sup>43</sup>.

Com efeito, basta lembrar aqui o princípio da indisponibilidade do interesse público e logo se vê que os procedimentos de audiência são limitados em sua capacidade de suavizar as exigências da legalidade.

Já destacamos também os riscos da substituição da legalidade pelo procedimento. É que a Administração Pública brasileira não possui ainda uma tradição na tarefa de ouvir o administrado para tomar suas decisões, especialmente no campo regulamentar. Enquanto se revela uma incipiente prática de procedimentalização de atos administrativos que afetem diretamente direitos do administrado, por força da Lei 9.784, de 29.1.1999; na produção regulamentar, a Administração ainda engatinha na prática de ouvir os anseios da sociedade civil. A população, por sua vez, não possui cultura de participação nas decisões administrativas. Logo, a falta de precisão da lei, na realidade brasileira, abre espaço para o

---

<sup>41</sup> Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 180-8.

<sup>42</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 21-6.

<sup>43</sup> *Idem*, pp. 1.020-3.

autoritarismo pela Administração, exigindo maior cautela de nossos legisladores na concessão de maior discricionariedade administrativa. Daí a procedente crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>44</sup> de que foram importados os modelos das agências reguladoras norte-americanas sem a importação dos procedimentos participativos lá exigidos para a elaboração de atos normativos.

As audiências e consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras e demais órgãos com função regulamentar encontra-se ainda em estágio prematuro de desenvolvimento e não justifica por isso a substituição da legalidade<sup>45</sup>. E a questão parece ser comum ao contexto latino-americano, segundo o parecer de Agustín Gordillo<sup>46</sup>. Não é capaz, portanto, ainda, de suavizar as exigências da legalidade.

Após analisar o já citado trabalho de Paulo Todescan Lessa Mattos, mediante o qual se comprovou que as consultas na área de telefonia se concentram nas empresas do setor, a conclusão de Gustavo Binenbojm também é de crítica ao discurso de legitimação pelo procedimento, diante do baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira. Não obstante, o autor não deixa de reconhecer o potencial dessa legitimação e a capacidade das agências reguladoras de se tornarem mediadoras do debate público<sup>47</sup>.

É mister referir, ainda, que também a pesquisa de Egon B. Moreira em três diferentes agências (ANEEL, ANATEL e ANVISA) detectou que os procedimentos participativos promovidos pelas agências vêm provocando uma "democratização seletiva", restrita às camadas mais abastadas e sobre temas já previamente circunscritos pelo administrador. A participação, portanto, é "excludente, uma legitimação democrática dos interesses de privilegiados"<sup>48</sup>. Implica, assim, uma institucionalização da captura do regulador<sup>49</sup>. Daí cabe questionar: como prescindir da legalidade em favor do procedimento participativo nesse contexto?

Na já citada tese de Sérgio V. Bruna, a conclusão também é no sentido de que a utilização de controles pela via procedimentos administrativos participativos para a edição de regulamentos "não significa que se possa abdicar da avaliação dos limites materiais"<sup>50</sup>. Assim, segundo o autor, para que o regulamento seja compatível com a separação de poderes e a reserva geral de lei, é fundamental a existência de prévia lei que indique, quando menos, as diretrizes básicas da competência. Logo, delegações amplas não são compatíveis com citados

---

<sup>44</sup> Limites... cit., p. 28.

<sup>45</sup> Cf. Egon B. Moreira. Os limites... cit., pp. 198-201.

<sup>46</sup> Ob. cit., Tomo 1, p. VI-33.

<sup>47</sup> Gustavo Binenbojm, ob. cit., pp. 294-8. Essa característica das agências reguladoras também é destacada por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. A nova... cit., pp. 81-2.

<sup>48</sup> Os limites... cit., p. 210.

<sup>49</sup> Os limites... cit., pp. 203 e segs.

<sup>50</sup> Ob. cit., p. 266.



dispositivos constitucionais. Admite, ainda, que o grau de densidade normativa da previsão deve variar conforme a matéria de fundo. Além disso, reconhece que a ordem constitucional estabelece uma série de finalidades que devem ser perseguidas pelo Poder Públicas e o vinculam quanto ao seu atendimento<sup>51</sup>.

Não obstante o tom das críticas a uma dispensa da legalidade com fundamento tão-só no procedimento, não há como negar a relevância desse instrumento como modalidade de controle dos atos regulamentares. As exigências de respeito, portanto, ao devido processo legal, tanto em seu sentido adjetivo como substantivo, também podem ser estendidas ao controle da atividade regulamentar da Administração Pública. Embora ainda incipientes, já há sustentáculo jurídico suficiente para que sejam incorporadas as audiências e consultas públicas ao cotidiano da atividade regulamentar da Administração para assim "contribuir a evitar el problema en su nacimiento, en el origen de las regulaciones, a través de las audiencias públicas previas a toda nueva reglamentación. Es necesario tener presente también el defecto intrínseco de la inevitable exacerbación reglamentaria"<sup>52</sup>. Com efeito, o procedimento administrativo é fator que contribui para uma atuação administrativa conforme a lei e eleva consideravelmente a eficácia do controle interno da Administração<sup>53</sup>.

Outra questão de relevo, abordada pelo estudo de Sérgio V. Bruna, é a necessidade de se afastar a compreensão segundo o qual os procedimentos participativos são mera liberalidade da autoridade administrativa. Ou seja, são realizados os procedimentos participativos, mas a autoridade é plena de poderes para acatar ou não as conclusões do procedimento. Ora, a necessidade de serem instaurados procedimentos participativos justifica-se justamente pela menor densidade das previsões legais habilitantes de atos regulamentares. Os limites materiais previstos na legislação não são suficientemente seguros. O controle centrado apenas na compatibilidade do ato com a previsão legal não é plenamente eficiente e justifica controle *a priori* da atividade regulamentar<sup>54</sup>.

Assim, em deferência ao devido processo legal, ao princípio democrático e ao direito de petição (Constituição, arts. 1º, parágrafo único e 5º, XXIV, LIV e LV) cumpre ao administrador e, em especial, ao legislador prever os meios e as formas de participação do administrado nos processos administrativos regulamentares. Não fossem suficientes os dispositivos constitucionais referidos, o art. 37, § 3º, da Constituição da República determina

---

<sup>51</sup> *Idem*, p. 277.

<sup>52</sup> Agustín Gordillo, ob. cit, Tomo 1, pp. VI-33-4.

<sup>53</sup> Nesse sentido, entre outros, Elival da Silva Ramos, ob. cit., p. 82, e Carlos Ari Sundfeld. A importância do procedimento administrativo. *Revista de direito público*. São Paulo, out.-dez., 1987, n. 84, pp. 64-6.

<sup>54</sup> Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 251-5.

ao legislador que discipline formas de participação do usuário na Administração Pública. Destarte, impõe-se o entendimento de que não se devem limitar as garantias constitucionais referidas ao processo administrativo chamado de adjudicatório. Vale dizer, o processo administrativo não é tão-só instrumento destinado a apurar responsabilidade do administrado, mas é sim um instrumento que se presta à "proteção dos direitos do administrado e ao melhor cumprimento dos fins da Administração", como bem esclarece o art. 1º, *caput*, da Lei 9.784, de 29.1.1999. Na correta percepção de Egon B. Moreira<sup>55</sup>, o processo administrativo assume uma nova dimensão para se erigir numa forma usual e constante de relacionamento entre o cidadão e o Estado.

Nesse sentido, é importante a referência ao estudo pioneiro de Carlos Ari Sundfeld, mediante o qual demonstra, com sobra de razão, que o procedimento ou processo é típico do exercício de qualquer função estatal. Basta observar a seguinte relação: (a) função jurisdicional → processo jurisdicional → sentença; (b) função legislativa → processo legislativo → lei; (c) função administrativa → processo administrativo! → ato administrativo. A teoria do ato administrativo focando o controle no produto final do exercício da função administrativa havia, até então, encoberto a importância do procedimento administrativo. Carlos Ari Sundfeld explica que o processo é típico de uma vontade funcional, aquela que é dirigida ao atendimento de um interesse que não é próprio. É o processo o meio adequado de assegurar que a vontade externada no ato não é empolgada pela vontade subjetiva do agente, mas pela finalidade pública. Ou seja, é a garantia de uma vontade impessoal, racional e equilibrada<sup>56</sup>. Portanto, é por meio de um procedimento que se consegue a necessária objetivação da vontade a fim de assegurar que seja atendida a finalidade pública relacionado com o ato<sup>57</sup>.

As considerações precedentes indicam que o procedimento não é um recurso extraordinário da atuação administrativa, mas configura sua atuação normal. Ora, se o procedimento é a forma de atuação ordinária do Estado, não há porque procurar fundamentar atuações autônomas da Administração com fundamento no procedimento participativo. Cuida-se, mais propriamente, de um modelo de controle, mas não suficiente para assegurar a dispensa da legalidade.

Entretanto, convém assinalar que os deveres da Administração Pública de adotar procedimentos administrativos participativos não asseguram ao administrado um direito

---

<sup>55</sup> Os limites... cit., pp. 194.

<sup>56</sup> Carlos Ari Sundfeld. A importância... cit., pp. 65-8.

<sup>57</sup> Cf. Sílvio Luís Ferreira da Rocha. A irrelevância... cit., p. 54.

subjetivo de participação nos procedimentos normativos como um direito inerente ao princípio do devido processo legal<sup>58</sup>. Esse é o entendimento de Sérgio V. Bruna. Assim, argumenta o autor citado que "quando não haja procedimentos normativos expressamente exigidos em *lei*, não cabe condicionar a validade do ato normativo à sua observância"<sup>59</sup>. Não obstante o termo "lei" posto pelo autor citado, parece bastante improvável sustentar a legitimidade de comportamento administrativo infringente de regulamento interno que exija procedimento participativo para a edição de regulamento<sup>60</sup>. Isso por força do princípio da inderrogabilidade singular dos atos regulamentares, consagrado no art. 2º, parágrafo único, alínea *d*, da Lei de Ação Popular (cf., neste estudo, Parte 2, item 2.3.1., *supra*).

É preciso distinguir, antes de tudo, a prescrição abstrata veiculada no regulamento e a sua edição, que é um ato concreto. Embora o regulamento prescreva uma norma abstrata, a sua edição é, em si, um ato concreto. É uma ocorrência concreta e singular que prescreve uma norma abstrata. Daí a ofensa ao princípio da inderrogabilidade singular quando a edição do regulamento não observa o procedimento previsto em outro regulamento anterior.

A situação, portanto, é análoga a edição de leis em países de constituição flexível. Nesses sistemas, alguns autores sustentam a possibilidade de um controle mínimo de constitucionalidade. Essa possibilidade mínima decorreria do fato de que, ainda que seja possível alterar as vigentes normas constitucionais pelos meios legislativos ordinários, devem ser respeitadas para tanto as regras previamente estabelecidas para a produção de uma lei válida. A lei deve respeitar o procedimento de produção previsto na lei anterior, pois só assim será admitida como regra validamente produzida<sup>61</sup>.

Também é assim com o regulamento. Embora tenha força para revogar outro regulamento, somente será admitido seu ingresso no ordenamento jurídico se obedecer ao procedimento prescrito no regulamento que prevê o procedimento de sua edição, salvo se houver lei formal que autorize a dispensa do procedimento e excepcione a regra regulamentar. Logo, somente não haveria ilegalidade na hipótese de não-incidência de qualquer exigência, legal ou regulamentar, de adoção do procedimento participativo.

---

<sup>58</sup> A propósito, dispõe a Lei 9.784, de 29.1.1999. "Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente *poderá*, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada (...) § 2º. O comparecimento à consulta pública *não confere*, por si, a *condição de interessado* do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais" (os destaques não são do original).

<sup>59</sup> Sérgio V. Bruna, ob. cit., p. 276, o destaque não é do original.

<sup>60</sup> Cabe anotar que o regulamento cogitado poderia ser adotado por qualquer órgão com competência normativa da Administração Pública federal em atendimento às disposições dos arts. 31 a 34 da Lei 9.784, de 29.1999.

<sup>61</sup> Cf., nesse sentido, por todos, André Ramos Tavares, ob. cit., p. 63.

Enfim, adotado o procedimento participativo, com fundamento em determinação legal ou em regulamento interno ou ainda por mera liberalidade da Administração, ele se constitui num importante instrumento de controle dos atos regulamentares, especialmente de seu controle jurisdicional. Daí a importância em compreender que o procedimento não está à disposição da Administração, mas é, como dito, instrumento de proteção do administrado e ao melhor atendimento dos fins da Administração. Assim compreendido, cabe à Administração fundamentar e explicitar as razões da decisão, ou seja, é preciso indicar os motivos que justificam a edição do ato regulamentar. É por meio do procedimento que se faz valer, também no campo regulamentar, o princípio da motivação. Afinal, mediante a formação dos autos desse procedimento e do acesso a eles, poderão ser conhecidas as manifestações e documentos que culminaram na edição do ato regulamentar e que, portanto, justificaram sua edição. O destaque legislativo, nesse aspecto, fica por conta da Lei paulista 10.177, de 30.12.1998 (art. 15), que exige exposição de motivos do decreto regulamentar, bem como determina seja a minuta submetida à consideração do órgão jurídico competente, entre outras exigências procedimentais<sup>62</sup>.

É preciso, ainda, que a autoridade dispense atenção aos argumentos suscitados pelos administrados, afinal o procedimento não serve para manipulações formais pela autoridade administrativa. É mister, ainda, que a autoridade não se afaste por demais da proposta original posta em debate, ou seja, não deve utilizar o procedimento participativo para tentar garantir legitimidade às decisões da qual não houve participação dos administrados. É por tal razão que sustenta, com pertinência, Sérgio V. Bruna que o procedimento participativo deve ser provido de significado prático. Reconhece o autor, no entanto, que o controle das formalidades processuais deve ser parcimonioso e mais preocupado com a eficiência do procedimento em atingir seus objetivos<sup>63</sup>.

Os procedimentos devem, sempre, constituir autos, aos quais devem, em princípio, ser garantido amplo acesso tanto aos administrados como ao Judiciário, salvo a hipótese de sigilo assegurado em lei. Assim, poderão ser avaliadas a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas adotadas, bem como deverá ser avaliada a veracidade dos fatos em que se apoiou a fundamentação do ato regulamentar, bem como a racionalidade e razoabilidade das

---

<sup>62</sup> Cf. Elival da Silva Ramos, ob. cit., pp. 85 e segs. No âmbito federal, os Anexos I e II do Decreto 4.176, de 28.3.2002, traz um rol de questões que devem ser analisadas antes do encaminhamento de projetos de atos normativos, inclusive decretos, à Presidência da República. A consulta e o estudo desses documentos podem ser relevantes para o controle jurisdicional de atos regulamentares, eis que se estabelece um exame amplo da norma a ser editada, inclusive quanto aos possíveis direitos afetados, efeitos pretendidos pela norma e medidas alternativas. Ademais, o Decreto referido exige a submissão do projeto à avaliação de constitucionalidade e legalidade pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (art. 36).

<sup>63</sup> Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 275-8.

prognoses normativas da Administração. Os autos poderão indicar ao juiz alternativas regulamentares que deverão ser analisadas para um efetivo controle do ato regulamentar e de sua aptidão para o atendimento das finalidades legais<sup>64</sup>.

O procedimento, em conclusão, constitui um excelente mecanismo de controle da atividade regulamentar, no entanto, não é suficiente para dispensar as exigências da legalidade.

#### *4.2. LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS À FUNÇÃO REGULAMENTAR: AS EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE*

Na seqüência, vamos discorrer sobre os limites da função regulamentar. A primeira preocupação foi tentar localizar limites substanciais para tal atividade. Antes, porém, convém alertar que o primeiro pressuposto do exercício de uma função regulamentar é a regra de competência legal. A lição de Afonso R. Queiró ensina nesse sentido e, embora se refira ao ordenamento português, é em tudo aplicável ao nosso contexto: "a competência subjetiva é sempre vinculativamente fixada pelo legislador"<sup>65</sup>. Como já dito, depende a atividade regulamentar de uma habilitação constitucional ou legal. Por habilitação constitucional, cabe ao Presidente da República a expedição de regulamentos para a fiel execução da lei. As demais autoridades administrativas dependem para o exercício de função regulamentar de uma habilitação legal específica, isto é, de uma norma, prevista em lei parlamentar, que lhe atribua competência para expedir a normatização referida sobre determinada questão. Esse é, pois, o primeiro limite do qual dependem todos os demais. Sem a regra de concessão da competência não há possibilidade sequer de análise das demais limitações substanciais.

Já destacamos suficientemente que não basta a habilitação. Nesse sentido, é comum a indicação de um primeiro limite no que se refere à possibilidade de regulamentação, qual seja, não cabe regulamento quanto às matérias completamente alheias à Administração Pública. Assim, por exemplo, seriam completamente vedados regulamentos que cuidassem das relações entre particulares sem nenhuma relação com a ordem pública. A matéria regulamentar é, por excelência, a matéria administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que: "onde não houver espaço para uma atuação administrativa não haverá cabida

---

<sup>64</sup> *Idem*, pp. 269 e segs.

<sup>65</sup> Os limites... cit., p. 3.

para regulamento"<sup>66</sup>. Já Geraldo Ataliba assenta que: "Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta dependente"<sup>67</sup>. Pode, contudo, dispor sobre matéria de Direito privado, mas, então dirá respeito à participação do Estado nas relações entre particulares para lhes dar garantia, como explica Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>68</sup>.

Mas essa limitação diz respeito apenas ao Presidente da República, cujo poder de regulamentação é mais amplo. No caso de agências reguladoras, autarquias, certos conselhos administrativos, e até os ministros de Estado, a limitação é mais ampla, justamente porque se ocupam de uma área específica da atividade administrativa. É evidente que só lhes cabe regulamentar a matéria que lhe diga respeito. A competência desses órgãos é mais restrita que a presidencial, refere-se apenas ao círculo de interesses que lhes cabe tutelar. Logo, a função regulamentar que exercem é materialmente mais estrita que a presidencial<sup>69</sup>.

Daí, então, o primeiro limite material à função regulamentar: a questão deve envolver necessariamente uma atuação da Administração. Em se tratando de órgãos especializados, só regulamentará matéria atinente a sua área especialização, isto é, matéria de sua competência específica.

Ainda assim caberia questionar qual deverá ser o conteúdo da lei de habilitação e qual o conteúdo que cabe ao regulamento tratar?

Se o conteúdo por excelência dos regulamentos, como assenta a doutrina, é a organização interna da Administração, os regulamentos não devem, em princípio, possuir efeitos externos. Na hipótese em que se ultrapassa o âmbito interno da Administração, o conteúdo substancial e efeitos dessa norma devem estar previstos nas leis formais habilitantes<sup>70</sup>.

Mas o que entender por conteúdo substancial? Uma solução rudimentar seria invocar a teoria dos princípios e detalhes. Essa era a tese consagrada no art. 11 da Constituição brasileira de 1937, não olvidando que se tratava de um texto de período não-democrático de nossa História<sup>71</sup>. Nessa hipótese, cabe à lei indicar os princípios e ao regulamento cuidar

---

<sup>66</sup> *Curso...* cit., p. 326.

<sup>67</sup> Decreto... cit., p. 28. O entendimento do autor é reafirmado em texto posterior, cf. Poder regulamentar do Executivo... cit., p. 191.

<sup>68</sup> Ob. cit., pp. 352-4.

<sup>69</sup> V., nesse sentido, referindo-se especificamente às autarquias, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Regulamentação...* cit., p. 334.

<sup>70</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 191-3.

<sup>71</sup> Constituição brasileira de 1937: "Art. 11 - A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares". Assim também faz a Constituição francesa de 1958, quanto a certas matérias: "Article 34 (...) 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

apenas dos detalhes ou minudências de execução da lei. A grande crítica a essa proposta de definição das matérias legal e regulamentar é a dificuldade em definir o que é geral e o que é detalhe em cada caso.

Outra possibilidade de definição é apontar que cabe materialmente à lei a inovação na ordem jurídica. Entretanto, o regulamento também traz elementos que inovam a ordem jurídica. Não é mera repetição da lei, sob pena de ser inútil ou redundante. Mas o regulamento não traz inovação original, o que é autorizado somente à lei formal proceder. Invocamos, pois, aqui os argumentos já expendidos quando da diferenciação entre lei e regulamento (cf. Parte 2, item 1.4.1., *supra*). Essa diferenciação, então, não explica quais questões a lei pode ou não deixar à inovação ou complementação regulamentar. Apenas deixa certo que não é permitida, em hipótese alguma, uma norma em branco, que simplesmente trate de conferir competência regulamentar a órgão da Administração, ou seja, não se permite a deslegalização completa da matéria.

Ademais, como já destacado não é possível definir um conteúdo vedado à disciplina por lei formal. Ao Congresso Nacional foi conferida a atribuição para dispor sobre todas as matérias de competência da União (Constituição, art. 48). Daí, então, a conclusão de Diógenes Gasparini no sentido de que "não há, portanto, em princípio, qualquer matéria só regulável por lei, ou só disciplinável por regulamentos"<sup>72</sup>. Cabe ao legislador tudo o que ele entender que lhe convém.

Sem embargo da impossibilidade da indicação das matérias legais e regulamentares de forma clara e linear, é possível alinhar alguns limites substanciais, que devem ser necessariamente disciplinados por lei e que, por conseqüência, *não* podem ser disciplinados exclusivamente pelos regulamentos em razão das barreiras constitucionais ao poder regulamentar, especialmente as decorrentes da legalidade, da separação de poderes e da vedação à delegação de poderes.

Um passo seguinte nessa proposta seria a invocação do disposto no art. 68, § 2º, da Constituição da República, segundo o qual a resolução para a expedição de lei delegada pelo Presidente da República indicará seu conteúdo e os termos de seu exercício. Essa consideração, no entanto, restringiria à legalidade exclusivamente ao seu aspecto formal, limitada a uma precedência da lei. Ademais, uma proposta em termos tão simples teria o

---

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".

<sup>72</sup> *Poder...* cit., p. 49.

inconveniente de confundir lei delegada e regulamento. É preciso, então, exigir mais da legalidade e da compreensão de Estado de Direito em nosso ordenamento jurídico.

A indicação de limites deve ser uma proposta capaz de identificar um conteúdo substancial mínimo da lei, uma tentativa de traçar um conteúdo mínimo e indispensável da previsão legal. Mas essa solução não dispensará, por óbvio, o recurso, em todos os casos, da Constituição da República a fim de apurar a existência ou não de exigência expressa ou implícita de que a matéria seja veiculada em lei formal, casos nos quais as exigências irão bem além das aqui traçadas, eis que a questão exige densidade total da previsão legal. "Enfim, sempre que a Constituição, ao dispor sobre determinado assunto, exigir a feitura de uma lei formal, a matéria é legal e não regulamentar"<sup>73</sup>.

O regulamento não pode suprir a lei nos casos em que a Constituição a exige, bem como não tem o condão de alterar qualquer disposição legal vigente. E não se deve olvidar que nossa Constituição não é econômica na indicação de exigência de lei, logo são inúmeros os casos em que prescreve expressamente a necessidade de lei formal, basta ver a longa lista de previsões constitucionais expressas de lei formal feita por Carlos Ari Sundfeld<sup>74</sup>. Só ali são lembrados trinta casos de referências casuísticas de lei formal feitas pela Constituição. Enfim, a indicação seguinte é residual, no sentido de que somente se aplica nos casos em que não se encontra na Constituição da República uma exigência de lei formal e naqueles em que a matéria já não esteja previamente disciplinada por lei formal.

Diante de nosso texto constitucional extenso, sua aplicação fica reduzida, mas viável em especial na regulação da ordem econômica e social ou, ainda, nas relações de supremacia especial. Mas a existência dessa expressa exigência de lei formal para a regulamentação não significa, contudo, que não caiba nenhum regulamento. Em tais casos, no entanto, o regulamento será meramente executivo, eis que a densidade normativa exigida da lei será máxima, pouco deixando ao regulamento. "O regulamento de execução é verdadeiramente insuprível", adverte Luís S. Cabral de Moncada<sup>75</sup>. No entanto, pouquíssimo caberá ao regulamento, possivelmente, dispor, tão-só, daqueles aspectos procedimentais imprescindíveis de execução da lei, inviáveis à previsão legal, de pouca ou nenhuma relevância material no que toca à disciplina da questão.

A proposta, não obstante suas apontadas limitações, apresenta a vantagem de não diluir a legalidade numa multiplicidade de casos exemplares de reserva especial de lei.

---

<sup>73</sup> Victor Nunes Leal. Lei... cit., p. 73.

<sup>74</sup> *Direito...* cit., p. 36, nota 18.

<sup>75</sup> Ob. cit., p. 1.034.



Portanto, ela será válida sempre como um primeiro passo para se detectar a violação dos princípios da legalidade e da separação de poderes. Sem o atendimento desses pressupostos dificilmente se poderá sustentar que o regulamento atende às exigências constitucionais para sua válida edição.

Enfim, serão destacados os seguintes deveres da previsão legal de qualquer habilitação para a atuação normativa da Administração Pública: a) indicação dos princípios jurídicos incidentes na área de regulação da lei; b) indicação das finalidades a serem atendidas por meio da atividade normativa; c) prescrição das possíveis restrições aos direitos fundamentais; e d) prescrição de eventual sanção punitiva pelo desatendimento das normas regulamentares.

#### *4.2.1. PRINCÍPIOS JURÍDICOS*

O primeiro limite refere-se à necessidade de as leis veicularem os princípios jurídicos incidentes no setor a que esta orientada sua regulamentação. Ou seja, a lei previamente já deve oferecer os princípios jurídicos reguladores incidentes no seu domínio<sup>76</sup>. Assim, também Sérgio V. Bruna<sup>77</sup>, para quem a norma deve indicar os princípios, diretrizes e finalidades a serem observados pela Administração.

Marcello Caetano critica a proposta de se atribuir os princípios às leis e os pormenores aos regulamentos. Assevera, assim, a possibilidade de os princípios serem indicados em regulamentos:

"Uma corrente atribuída à lei a missão de formular os princípios, e ao regulamento a de coleccionar os pormenores. Mas é tão difícil dizer onde estão os princípios e quais os pormenores num instituto administrativo! Há tanta minúcia que é necessária incluir nas leis, e tantos pontos fundamentais que têm de ser versados em simples decretos! O conceito de pormenor não será relativo?"<sup>78</sup>.

A crítica tem sua razão, mas não procede em toda sua extensão. Ora, é claro que um conceito ser relativo ou mesmo trabalhoso e difícil não é razão suficiente para invalidá-lo por completo. Afinal, estamos tratando de Direito, não de uma ciência matemática, na qual

---

<sup>76</sup> Usa-se aqui a expressão "domínio" no sentido de «domínio da norma», expressão cunhada por Friedrich Müller para indicar os setores da realidade para o qual está orientada a aplicação de uma norma ou regulação. Cf. K. Larenz, ob. cit., p. 470. Não se trata, portanto, da contraposição entre o domínio da lei e domínio do regulamento, que indicam, respectivamente, as diferentes matérias que cabe à lei e ao regulamento disciplinar. No sentido de domínio empregado no texto, tais domínios são idênticos, pois o regulamento não pode pretender regulamentar setor da realidade sobre o qual ainda não incidiu a lei.

<sup>77</sup> Ob. cit., pp. 139-42.

<sup>78</sup> *Manual...* cit., p. 96.

somente são admitidas soluções exatas. Basta ver que a teoria da essencialidade, de construção germânica, não foi dispensada, embora ela também não ofereça um dado objetivo exato. Segundo a compreensão dessa teoria são assuntos legislativos todos os assuntos significativos do ponto de vista da liberdade e da existência do indivíduo, quer se trate de restrição, quer se trate de prestação, ou seja, é essencial tudo o que é essencial para a realização dos direitos fundamentais. Bem por isso, o "âmbito da essencialidade coincide com o do dever legislativo do legislador"<sup>79</sup>. Cuida-se, pois, de critério de medida: quanto mais importante for uma disciplina para o cidadão e para a comunidade, mais se justifica a sua regulamentação por lei. Não se trata de uma grandeza científica, mas de uma medida gradual ou de uma fórmula de escala móvel. Não oferece critério seguro, é incapaz de oferecer resultados inequívocos, mas nem por isso foi abandonada pela doutrina alemã<sup>80</sup>.

Não se quer aqui aplicar em nosso contexto constitucional a teoria da essencialidade, mas apenas destacar que cabe à lei definir os princípios incidentes em sua área de regulação, e não aos regulamentos e atos inferiores a formulação desses princípios — aqui já definidos como norma fundamental (cf. Parte 1, item 1.1., *supra*). Não se quer também inviabilizar a veiculação de princípios jurídicos por regulamentos, mas destacar que não cabe aos regulamentos criar, por iniciativa própria, um novo princípio jurídico para regulamentar a matéria. Embora possam — e até devam — explicitar os princípios jurídicos que decorrem necessariamente das normas legalmente previstas para a regulação da matéria. O princípio deve, pois, decorrer da lei e não decorrer de uma norma regulamentar. Os pontos fundamentais — embora reconheçamos a dificuldade em indicar precisamente o que seja fundamental — devem sempre vir na lei, deixando-se as contingências aos regulamentos. Cabe anotar que essa preocupação em determinar que os princípios sejam veiculados na lei se ajusta às características dos princípios. É que os princípios têm função normogênica e sistêmica, isto é, os princípios são fundamentos de regras jurídicas e eles têm idoneidade irradiante, o que lhes permite compor um sistema normativo<sup>81</sup>.

Restringir o campo dos regulamentos à estipulação de regras e à enunciação de princípios que decorrem necessariamente das leis que regulamentam também se justifica pelo sentido da própria palavra princípio. Como já destacamos, a função regulamentar é parte da função administrativa, o que equivale dizer que é uma atividade necessariamente infralegal — princípio da precedência da lei. Ora, o primeiro sentido que a palavra princípio evoca é o de

---

<sup>79</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 171-2.

<sup>80</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 174-8 e 299-325, e Hartmut Maurer, § 6, 11 e 11b, pp. 126-

7.

<sup>81</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1.163, e José Roberto Pimenta Oliveira, ob. cit., pp. 34-7.

início, de ponto de partida<sup>82</sup>. Logo, os princípios jurídicos, incidentes sobre a matéria que se quer disciplinar, devem ser formulados no exercício da função legislativa, não na função administrativa, pois que esta é secundária. Cabe ao Legislativo indicar os princípios e aos regulamentos dar "contextura jurídica aos princípios contidos na respectiva lei"<sup>83</sup>. A lei deve, pois, necessariamente, já oferecer um início de regulamentação da matéria, exigência que deverá ser cada vez maior conforme as exigências constitucionais referentes ao tema regulamentado.

A proposta, ademais, em certo sentido, aproxima-se das teses de Eros Roberto Grau, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. O primeiro destacou a questão estrutural como matéria legal, conferindo ao regulamento, a questão momentânea ou conjuntural. Já os dois últimos explicam que cabe à lei o direito substancial. Note-se não são critérios absolutamente exatos, mas nem por isso devem ser, de imediato, descartados. No entanto, a indicação dos princípios jurídicos conta com a vantagem de já ser bastante conhecida e debatida na doutrina.

É preciso, ainda, tentar alinhar alguns pontos sobre o que é necessariamente fundamental numa regulação e que, nesse sentido, pode compor um princípio jurídico de regulamentação no setor sobre o qual incide a lei. Embora se deva destacar a impossibilidade de uma proposta exata, além do que o "'fundamental', muitas vezes, somente se torna virulento no detalhe"<sup>84</sup>, é possível alinhar algumas notas indicativas do que se deve entender por fundamental.

Com efeito, num primeiro esforço, pode-se recorrer aos critérios da Lei Fundamental alemã, que em seu art. 80, § 1, estabelece um critério de previsibilidade, segundo o qual a lei não pode deixar de indicar *o conteúdo, o fim e a extensão* dos poderes normativos que outorga à Administração<sup>85</sup>. Esses, então, seriam pontos fundamentais que não deveriam deixar de constar da lei.

No entanto, tais exigências ainda não seriam suficientes para o nosso ordenamento constitucional. É possível, assim, oferecer outros critérios para a identificação de pontos

---

<sup>82</sup> Cf. Humberto Ávila. Princípios... cit. [verbete], p. 657, e Fábio Comparato. *Ética...* cit., pp. 484-5.

<sup>83</sup> Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. *Regulação...* cit., p. 205, nota 90.

<sup>84</sup> Hartmut Maurer, ob. cit., § 4, 12, p. 71.

<sup>85</sup> "Grundgesetz. Artikel 80. Erlaß von Rechtsverordnungen (1) Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden". Com apoio na tradução de J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 767, nota 37: "Lei Fundamental. Art. 80. Edição de regulamentos. (1) O Governo federal, um ministro federal ou os Governos dos *Länders* podem ser autorizados por uma lei para editarem regulamentos jurídicos. A lei deverá determinar o conteúdo, o fim e a extensão das referidas autorizações".

fundamentais. Nesse sentido, buscamos apoio na lição de Ferdinand Lassalle sobre qual é a essência da Constituição. Não nos interessam aqui suas conclusões sobre a caracterização da Lei Fundamental como mera folha de papel e a distinção entre esta Constituição escrita e aquela real e efetiva<sup>86</sup>. O que importa são seus esclarecimentos sobre a diferença entre uma lei e uma lei fundamental. Nessa perspectiva, são três os pontos que destaca. Primeiro: uma lei fundamental é uma lei básica. Segundo: essa lei deve ser o verdadeiro fundamento das outras leis e deve, portanto, engendrar e informar as demais leis. Terceiro: são leis que devem necessariamente existir, o que é fundamental não é por mero capricho, mas assim é porque devem ser necessariamente desse modo. Nos termos do autor: "Somente as coisa que *carecem de fundamento*, que são as causais e fortuitas, podem ser como são ou mesmo de qualquer forma; as que possuem fundamentos, não. Elas se regem pela necessidade"<sup>87</sup>.

Transportando essas idéias para o tema em questão<sup>88</sup>. A lei deve, então, por primeiro, trazer as normas básicas. Segundo: a lei deve ser o verdadeiro fundamento dos regulamentos, revelar capacidade de irradiar-se sobre o conteúdo dos regulamentos e constituir, assim, diretriz das demais normas, normas essas que serão produzidas pela Administração com o fim de dar concretização aos conteúdos legais. Por fim, as leis de habilitação devem trazer aquelas normas que necessariamente devem ser veiculadas por lei. E a necessidade de previsão legislativa é decorrência das exigências do ordenamento constitucional: é segundo critérios constitucionais que se apura a necessidade de uma dada norma precisar, necessariamente, ser veiculada por lei.

Ora, as normas com essa capacidade irradiante e fundante de outras normas são os princípios jurídicos, porque o princípio é "disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência"<sup>89</sup>. São as normas com a função de orientar a interpretação e de integrar as diferentes normas<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Como se sabe, para Lassalle, há duas constituições, a real e efetiva e a constituição escrita: "Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa *constituição real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra *constituição escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de *folha de papel*." Assim, para o citado autor, a Constituição escrita só vale enquanto reflete com fidelidade as disposições da constituição real e efetiva, formado pelos fatores reais de poder. Ferdinand Lassalle. *A essência da constituição* (1863). Com base na trad. de Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª edição, 2001, pp. 23 e 33 e segs., os destaques são do original.

<sup>87</sup> Ob. cit., p. 9.

<sup>88</sup> Também Maria Garcia faz empréstimo das idéias de Ferdinand Lassalle para explicar o que é um direito fundamental. Cf. Maria Garcia. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, abr.-jun., 2002, vol. 39, pp. 120-3.

<sup>89</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade administrativa e controle judicial...* cit., p. 18.

<sup>90</sup> Cf. Sílvio Luís Ferreira da Rocha. *Função...* cit., pp. 150-1.

Não obstante essas considerações, deve ficar bastante claro que o que se argumenta nesse trecho é a necessidade e a inexorabilidade de a lei indicar os princípios, e não o fato de que deve limitar-se à enunciação desses princípios, deixando todo o mais aos regulamentos. Ou seja, não se quer a volta do art. 11 da Constituição brasileira de 1937. Como explica Itiberê de Oliveira Rodrigues, a Carta referida, inspirada na filosofia aristotélica, introduziu a hipótese de conceito de lei parlamentar, reduzindo, pois, sua forma jurídico-normativa à essência da matéria regulanda<sup>91</sup>.

O que importa destacar é que não se defende um conceito de lei reduzido às hipóteses ou à substância, ao contrário. A lei pode — se assim entender que melhor atende ao interesse público — estipular as minúcias do setor da realidade que regulamenta, mas não pode deixar de, ao menos, indicar os princípios jurídicos incidentes, isto é, de dar início à regulamentação oferecendo as normas básicas, fundamentais. O domínio da lei é completo sobre o setor da realidade que regulamenta, mas não deve, em hipótese nenhuma, deixar de indicar as regras fundamentais incidentes. A reserva do que cabe à Administração cumpre à lei definir.

Há, pois, uma necessidade de a lei indicar necessariamente os princípios jurídicos, isto é, as normas fundamentais incidentes sobre o setor da realidade que regulamenta. Logo, aos regulamentos não cabe, por força própria, estipular princípios novos. "Limita-se a desenvolver os princípios e a complementar a sua dedução, a fim de facilitar o cumprimento das leis; não deve estabelecer princípios novos", essa era uma das limitações dos regulamentos indicadas por Carlos Maximiliano<sup>92</sup>.

O regulamento poderá, no entanto, enunciar aqueles princípios que decorrem logicamente das disposições legais, bem como as normas burocráticas de aplicação daqueles princípios. Aliás, sobre o ponto cabe invocar a seguinte passagem de Bruce Ackerman: "the more time politicians spend on bureaucratic politics, the less they will devote to the lawmaking function that only they can legitimately exercise: the elaboration of basic values"<sup>93</sup>. Afinal, se, por um lado, não se deve dispensar por completo a função regulamentar para que o legislador não seja compelido a se deter em detalhes, por outro, é fundamental a

---

<sup>91</sup> Itiberê de Oliveira Rodrigues, ob. cit., p. 75. No entanto, a doutrina asseverava que a sanção para o desatendimento pela lei da determinação constitucional era tão-só política e que não se poderia argüir de inconstitucional lei que dispusesse sobre detalhes. O dispositivo, assim, não passava de uma recomendação. Cf., nesse sentido, Victor Nunes Leal. *Lei... cit.*, pp. 83-5.

<sup>92</sup> *Comentários à Constituição Brasileira*, 3ª ed., 1929, pp. 542-3, *apud* por Victor Nunes Leal, última ob. cit., p. 87.

<sup>93</sup> Ob. cit., p. 687.

compreensão de que apenas o legislador tem legitimidade para indicar quais são os valores básicos.

Também se insere nessa perspectiva a inviabilidade dos regulamentos, por óbvio, contrariarem os princípios jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico. É consequência firme do princípio da legalidade, especialmente quando compreendido em seu sentido amplo<sup>94</sup>. A importância e a inviabilidade de regulamentos contrariarem princípios, aliás, é que tem possibilitado ao Conselho de Estado e ao Conselho Constitucional de França a, gradualmente, recolocar a lei acima do regulamento, não obstante o texto da Constituição francesa seja mais favorável ao regulamento<sup>95</sup>. Ou seja, sequer naqueles ordenamentos nos quais os regulamentos vigem com força de lei se admite que os regulamentos contrariem os princípios jurídicos.

Daí a importância de compreender que não pode o regulamento pretender enunciar, por força própria, qualquer princípio jurídico. A diferenciação não é de nenhum modo desnecessária ou sem sentido. Pode haver certa razão na crítica de Marcello Caetano, antes referida, de que o critério é relativo, mas não há razão para se admitir que um ponto fundamental da regulamentação seja veiculado por meio de regulamento, especialmente em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

#### 4.2.2. FINALIDADES DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO

Um segundo grupo que compõe os deveres da legislação e, por consequência, está fora do exercício da função regulamentar, refere-se à estipulação das *finalidades* a alcançar por via da função regulamentar a ser exercida<sup>96</sup>. Assim, também o já referido Sérgio V. Bruna<sup>97</sup> para quem a norma deve indicar os princípios, diretrizes e finalidades a serem observados pela Administração. Ora, se definimos anteriormente o poder regulamentar não como exclusivamente poder, mas como dever-poder, ou seja, como expressão de uma função, não lhe cabe aspirar, sob nenhum aspecto, novas finalidades. As finalidades a serem

---

<sup>94</sup> Cf., nesse sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 200-4.

<sup>95</sup> Cf. Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 719-20.

<sup>96</sup> Weida Zancaner explica a diferença entre fim e finalidade: "finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato, distinguindo-se do fim, por ser este o interesse público geral que deve servir de norte à edição de todo e qualquer ato administrativo" (ob. cit., p. 52). Também segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato (*Curso...* cit., pp. 377-8). No presente tópico não nos preocupamos em diferenciar tais termos, usando-os indistintamente.

<sup>97</sup> Ob. cit., pp. 139-42.

alcançadas por meio do exercício da função regulamentar já devem estar pré-definidas na lei de habilitação.

Com efeito, se a lei a ser regulamentada não indicar as finalidades de exercício da função regulamentar, já não se poderia compreender o regulamento como exercício da função administrativa, ou seja, como atividade exclusivamente instrumental à realização dos interesses coletivos indicados na lei, mas como simples poder entregue à livre discricionariedade do administrador.

Portanto, a lei de habilitação do exercício de função regulamentar não deve, sob pena de manifesta inconstitucionalidade, estabelecer apenas a competência para a prática de atos normativos, deve, pois, indicar exaustivamente — e de forma explícita — as finalidades do exercício da função regulamentar. Apenas dessa maneira não haverá fraude à vedação da delegação de poderes e à legalidade em sentido substancial. "A primeira preocupação da legalidade é imprimir uma orientação de sentido finalístico a toda actividade administrativa"<sup>98</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>99</sup> explica que a atividade administrativa não causa surpresa ao administrado porque, sempre, meios e finalidades de sua atuação estão previstas na lei. Logo, cabe à lei, inexoravelmente, indicar, como dito, as finalidades a serem atendidas por meio da função regulamentar. A correção dessa colocação é confirmada pela lição de Ruy Cirne Lima, lembrada por Celso Antônio Bandeira de Mello: "Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe a finalidade própria"<sup>100</sup>. Bem por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que "a atividade administrativa, para manter-se afinada com os princípios do Estado de Direito e com o regramento constitucional brasileiro, necessita ser exata e precisamente uma atividade pela qual se busca o atingimento dos fins pré-traçados em lei"<sup>101</sup>.

Também o pensamento de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, em seus estudos sobre o poder discricionário, confirma a necessidade de a lei apontar, ainda que implicitamente, qual a finalidade do exercício da prerrogativa concedida à Administração. Os autores espanhóis destacam, ademais, que a finalidade há de ser sempre uma finalidade pública:

---

<sup>98</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 364.

<sup>99</sup> Regulamentação... cit., pp. 337-8, e Desvio de poder. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.–mar., 1989, n. 89, pp. 28-9.

<sup>100</sup> *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1982, p. 22, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello. Regulamentação... cit., p. 342.

<sup>101</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. Desvio... cit., p. 25, e *Discricionariedade e controle jurisdicional*... cit., p. 51.

"porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública"<sup>102</sup>.

A finalidade, portanto, deverá estar sempre presente na lei de autorização da competência regulamentar. Bastante expressiva, a propósito da competência discricionária, é a seguinte passagem de Marcello Caetano: "A legalidade continua a existir mesmo nos casos da mais ampla discricionabilidade na medida em que só existem os poderes discricionários quando conferidos por lei e em que pelo menos o fim do seu exercício é pela lei fixado também"<sup>103</sup>.

Entre nós, Caio Tácito lecionava "que a ação discricionária deve pautar-se pelo requisito essencial da *finalidade* como condição da competência da autoridade pública"<sup>104</sup>. Em outra oportunidade já havia encarecido que "Se a autoridade se desvia da finalidade *legal* específica, o ato administrativo se torna viciado em elemento essencial à sua legalidade"<sup>105</sup>. Por isso, a conclusão do autor citado de que a finalidade é elemento permanente a vincular a conduta do agente administrativo<sup>106</sup>.

Eduardo Salomão Neto, por outro caminho, também acaba por confirmar a necessidade de a lei indicar a finalidade de exercício da função regulamentar, quando analisa a questão especificamente no sistema financeiro. O referido autor, embora não fale em finalidades, mas em valores, assenta o dever da legislação de indicar os valores segundo os quais a atuação regulamentar deverá ser exercida. Procura demonstrar, assim, a existência de algo mais profundo do que a estipulação de direitos e obrigações como tutela do princípio da legalidade, embora tome o cuidado de evidenciar que suas conclusões não devem levar a completa irrelevância desse critério. Assevera que a lei formal não seria capaz de determinar exhaustivamente todos os direitos e obrigações dela resultantes<sup>107</sup>. Assim, conclui Eduardo Salomão Neto, que "O exercício do poder regulamentar não configurará delegação de atribuição legislativa, mesmo que importe a criação de direitos e obrigações, no pressuposto de que se limita a concretizar valores já indicados em norma legal"<sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> Ob. cit., p. 462.

<sup>103</sup> *Manual...* cit., p. 31.

<sup>104</sup> O princípio... cit., p. 340, o destaque é do original.

<sup>105</sup> Caio Tácito. O desvio de poder no controle de atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, abr.-jun., 1992, vol. 188, p. 2, o destaque não é do original.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>107</sup> Eduardo Salomão Neto, ob. cit., pp. 106-9.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 109.



Optamos por falar em finalidades, e não em valores, pois são as finalidades que indicam os valores<sup>109</sup>, fica evidenciada, assim, a relação entre fim e valor<sup>110</sup>. Ocorre, entretanto, que os valores não são unívocos, dificultando o controle da função regulamentar. Isso, no entanto, não permite falar em atividade livre na determinação do fim, mas caberá dizer se a regulamentação é capaz ou não de atender à finalidade legal. É que não pode a regulamentação escolher outros valores ou bens a proteger além daqueles já previstos na lei a ser regulamentada porque, se assim não fosse, a regulamentação não se definiria como função, mas simples poder.

Mesmo quando a indicação das finalidades é feita com recurso aos conceitos jurídicos indeterminados, não haverá ampla discricionariedade administrativa porque o conceito, embora indeterminado, tem limites para sua estipulação<sup>111</sup>.

As lições de Afonso R. Queiró confirmam essa compreensão. A sua doutrina se apóia na diferença entre conceitos práticos e conceitos teóricos. Os primeiros são conceitos de valor, suscetíveis de uma série mais ou menos determinada de sentidos, mas não idênticos, ensejando competência discricionária. Já conceitos teóricos, próprios das ciências empírico-matemáticas, implicam a *vinculação* do órgão administrativo à verificação no domínio da realidade do fato cujos contornos são delineados por um conceito legal. "A discricionariedade surge, assim, aos conceitos de valor utilizados na norma jurídica, aos *conceitos práticos* (não teóricos)"<sup>112</sup>.

Em sua análise sobre o desvio de poder, então, conclui pela existência de discricionariedade, tanto no fim, quanto nos motivos (condições-de-fato). A discricionariedade depende, enfim, da utilização pela lei de conceitos práticos, seja na indicação do fim, seja na indicação dos motivos do agir da Administração. Mas a discricionariedade quanto ao fim não significa a livre escolha de finalidade pela

---

<sup>109</sup> Ao dissertar sobre a possibilidade de discricionariedade na finalidade da norma, Celso Antônio Bandeira de Mello encarece que: "... a finalidade aponta para valores (...) se a finalidade é um valor — como deveras o é — e se os valores não são unissignificativos, a fluidez da finalidade refluí sobre o pressuposto de fato". *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., pp. 19-20.

<sup>110</sup> Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.-mar., 1982, n. 61, p. 29.

<sup>111</sup> Cf. Afonso R. Queiró. A teoria... cit. [2ª parte], p. 53.

<sup>112</sup> Última ob. cit. [1ª parte], pp. 60-1, e [2ª parte], pp. 52-3. Em texto mais recente, convém anotar, Afonso R. Queiro deixou de relacionar a discricionariedade com a imprecisão dos enunciados dos textos legais e limita o seu conceito de discricionariedade ao deliberado intento do legislador de atribuir certa margem de liberdade ao administrador. O eminente autor português declarou, assim, que: "O poder discricionário não se confunde, portanto, com toda e qualquer margem de imprecisão, ainda a mais ampla, na formulação de comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados *conceitos vagos* ou *conceitos indeterminados*". Os limites... cit., p. 2.

Administração, mas sim a definição do que seja aquele conceito prático num caso concreto.

Daí sua conclusão:

"o poder discricionário da Administração nunca é uma *livre* escolha ou uma *livre atividade*. É, pelo menos, sempre limitado, dirigido, regulado, ligado, pelo *fim* da lei, pela *ratio legis*, fim que jamais falta, contra o que pensa LAUN, pois que 'eine Rechtsnorm ohne Zweck ist ein Unding' [uma regra de direito sem finalidade é um absurdo – em nossa tradução livre]"<sup>113</sup>.

Com efeito, a existência de certa margem de discricionariedade quanto ao fim não desmente a necessidade de a lei indicar sempre a finalidade a que está atrelada a atuação da Administração Pública. É que a discricionariedade, no caso, decorre da indicação de conceitos indeterminados na definição legal da finalidade<sup>114</sup>. Mas essa equivocidade, que ocorre nas hipóteses de indicação da finalidade legal por meio de conceitos indeterminados, não significa que não haja limites na compreensão desse conceito. Ainda que indeterminado, o conceito apresenta algum sentido ou significado. "Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria ruído"<sup>115</sup>. Daí que o conceito só é indeterminado até o limite de sua equivocidade. Dessa forma, também cabe ao Judiciário interpretar os conceitos indeterminados a fim de lhe fixar os contornos e limites dessa indeterminação<sup>116</sup>. Ademais, outros fatores incidentes sobre a atuação normativa podem delimitar a compreensão do conceito indeterminado e reduzir ou até mesmo eliminar a discricionariedade relativa à compreensão dos conceitos indeterminados. Ou seja, é nos limites do previsto no texto da lei e não na livre subjetividade do administrador que há certa discricionariedade quanto à compreensão da finalidade indicada por conceito indeterminado.

Além disso, se, como já dissemos, um conceito indeterminado é conceito e não um sem sentido, cumpre à Administração esgotar todos os meios interpretativos desse conceito indeterminado e, só a partir do esgotamento desses recursos interpretativos, será capaz de adotar uma decisão de sua exclusiva responsabilidade. A discricionariedade começa quando esgotados todos os processos interpretativos disponíveis<sup>117</sup>.

Por isso, a conclusão de Antônio Carlos Cintra do Amaral no sentido de que "Em regra, a finalidade não está prevista, pelo menos expressamente, na ordem legal"<sup>118</sup> não parece ser a mais acertada. Assevera o autor que "o agente estatal pode escolher qualquer finalidade",

---

<sup>113</sup> *A teoria...* cit. [1ª parte], pp. 73-4, os grifos são do original.

<sup>114</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade administrativa e controle judicial...* cit., p. 23.

<sup>115</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., p. 29.

<sup>116</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade administrativa e controle judicial...* cit., p. 25.

<sup>117</sup> André G. Pereira, ob. cit., p. 217.

<sup>118</sup> *Conceito...* cit., p. 41.

mas que esta finalidade deve ser "conforme o ordenamento jurídico". Ora, para determinar se a finalidade de sua atuação é conforme o ordenamento jurídico, cabe à Administração observar qual é a finalidade que lhe determina a lei. A atuação administrativa não se caracterizaria mais como instrumental, já dissemos, se pudesse ser livre na definição das finalidades de sua atuação.

Já para aqueles que não vislumbram qualquer discricionariedade relacionada com os conceitos indeterminados a questão, então, sequer se coloca. Por isso, quando, mudando sua compreensão anterior, Afonso R. Queiró deixa de relacionar discricionariedade e conceitos indeterminados conclui que: "Os órgãos da Administração não podem eleger as finalidades públicas, os interesses públicos específicos, ao serviço dos quais lhes cabe exercer a sua competência subjetiva. Nesse domínio não há poder discricionário"<sup>119</sup>.

Aliás, é bastante comum encontrar na doutrina a afirmação de que a atividade administrativa é sempre vinculada quanto ao fim. Assim, é exemplo dessa doutrina, entre nós, a de M. Seabra Fagundes que, em crítica ao posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, assevera que:

"(...) se tem como vinculado o agente no que diz com a finalidade. Nega-se-lhe opção entre ela (tal como basicamente enunciada ou como pressuposto necessariamente decorrente dos textos reguladores do comportamento) e outro fim qualquer. Se fica ao administrador, quando age, graduar a extensão da medida (moralidade mais rígida ou menos rígida, regulação do trânsito em mão única ou mão dupla; exigência de recipientes de madeira ou de tecido para alimentos a granel etc.), isso é aspecto que se situa em outro ângulo, que não o da finalidade legal do ato. Esse aspecto diz com o objeto ou conteúdo do ato, não com sua finalidade"<sup>120</sup>.

Assim, em síntese, embora se vislumbre a possibilidade de existir discricionariedade quanto à finalidade da atuação administrativa pela decorrência de sua indicação mediante conceitos indeterminados, a lição de M. Seabra Fagundes é valiosa como um alerta a indicar que a atuação administrativa pode ter discricionariedade na definição desse conceito indeterminado, mas não é livre para escolher senão aquele conceito que é indicado pela lei.

Bem por isso, quando se debate o tema da atuação discricionária — e a função regulamentar é discricionária — não vislumbramos hipótese de escolha ou faculdade de atendimento da finalidade legal que justifica essa atuação. O que cabe justamente é avaliar se na regulamentação da lei houve ou não desvio de poder, isto é, se existe descompasso objetivo entre a finalidade a que serve o regulamento e a finalidade previamente indicada na

---

<sup>119</sup> Os limites... cit., p. 4.

<sup>120</sup> M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 95, nota 153.

lei<sup>121</sup>. Em outras palavras, é de se questionar se a finalidade do regulamento é coincidente com a finalidade a ser atendida mediante o exercício da atividade normativa. Em caso de desvio, deve o regulamento ser anulado porque não serão admitidos propósitos outros além dos legalmente consagrados, ainda que dignificantes os objetivos da regulamentação. Portanto, o regulamento pode ser anulado, tanto porque não atinge nenhuma finalidade pública, como porque não fora outorgada competência legal para a tutela daquele interesse por meio de ato regulamentar. E não se deve estranhar a possibilidade de desvio de poder fora da atividade de mera execução concreta da Administração, pois o desvio pode ocorrer inclusive na atividade legislativa, como bem demonstram Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>122</sup> e Caio Tácito<sup>123</sup>. É que o desvio de poder não é um limite apenas do ato administrativo em sentido estrito, mas antes constitui limite da competência discricionária<sup>124</sup>. Daí se firmar um princípio geral segundo o qual "toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria"<sup>125</sup>. Ou, nas palavras de Santi Romano, citado por Caio Tácito: "a figura do poder discricionário reclama precisamente que dele se faça uso conforme a finalidade, da qual o próprio poder deriva"<sup>126</sup>. São ilegítimos atos regulamentares com finalidade distinta daquelas previstas na lei a ser regulamentada.

Quanto ao tema da discricionariedade e da finalidade do ato regulamentar, um importante alerta deve ser feito com base na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. É preciso destacar a insuficiência da indicação de fins genéricos dos seguintes tipos: "atendimento ao interesse público", ou "para a proteção do consumidor" ou, "em atendimento ao bem-estar e à saúde pública" etc. Deveras, é fundamental que a indicação da finalidade venha como um compromisso com certa política pública definida pelo legislador. Exige-se algum detalhamento nessa definição para que não ocorra mera transferência de responsabilidade política. "É preciso ficar suficientemente claro que o Congresso tenha assumido uma diretriz quanto a uma política setorial, e que os objetivos dessa política tenham sido discutidos em face de alternativas plausíveis"<sup>127</sup>. A habilitação de função regulamentar tem, enfim, que se configurar como poder instrumental, não permitindo que se delegue à discricionariedade da Administração a definição da finalidade de sua função porque se estipularam meras

---

<sup>121</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., pp. 73.

<sup>122</sup> Última ob. cit., pp. 76-7, e *Desvio...* cit., pp. 35-6.

<sup>123</sup> O desvio... cit. pp. 4-9.

<sup>124</sup> Caio Tácito. O desvio... cit., p. 2.

<sup>125</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>126</sup> *Scripti minori*, vol. 1, 1950. p. 199, *apud* Caio Tácito, última ob. cit., p. 8.

<sup>127</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Agências...* cit., p. 155, e *O poder...* cit., p. 292.

finalidades genéricas na lei, que não indicam uma reflexão madura sobre o tema por parte do Legislativo.

Se a indicação da finalidade passa, então, pela definição de uma política legislativa, tal resultará em importantes implicações no que toca à interpretação teleológica dos compromissos da função regulamentar. A interpretação finalista é uma interpretação de acordo com os fins reconhecíveis e idéias fundamentais do quadro de objetivos políticos indicados na lei. Assim, toda a interpretação, toda construção jurídica e todas as previsões normativas conformadoras, isto é, os regulamentos editados em obediência à lei, deverão ficar atrás da lei, de modo que o objetivo político indicado na lei seja alcançado da melhor forma possível<sup>128</sup>.

A função regulamentar, mediante a necessária indicação da finalidade específica de seu exercício, se pauta, desse modo, por um critério de eficiência, extraído da relação meio/fim, como explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior. A idéia de legalidade não se traduz, no caso, num controle condicional, mas antes exige um controle finalista da função regulamentar. O que implica a vinculação do administrador, no exercício dessa função, a uma otimização de solução para atendimento da legalidade. Justifica, pois, uma responsabilidade do administrador de zelar pela solidariedade da relação meio/fim. Assim, estabelecendo a lei uma programação finalista de atuação administrativa, ela torna vinculantes esses fins e com isso os meios e modos tornam-se dependentes desses fins. Há uma legitimação de objetivos, com fundamento no princípio da eficiência. Afasta-se a compreensão de legalidade como bloqueio e estabelece-se a legitimidade de determinados fins<sup>129</sup>.

A relação de validação dos regulamentos, portanto, pauta-se na técnica finalista e não numa técnica condicional<sup>130</sup>, isto é, há uma prefixação dos fins e a autoridade é responsável por encontrar os meios adequados, responsabilizando-se por essa adequação. A imunização finalista exige um comportamento não-automático ou mecânico da autoridade, mas sim um comportamento ativo e participativo, pois ela deve justificar a escolha do meio, afinal não é qualquer meio suficiente para atingir a finalidade legalmente estipulada. O controle de validade torna-se casuístico<sup>131</sup>. E assim é porque a técnica finalista é própria dos atos discricionários, como explica o próprio Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

---

<sup>128</sup> Cf. Karl Larenz, ob. cit., pp. 468-9.

<sup>129</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Agências...* cit., pp. 151-5, e *O poder...* cit., pp. 283-92.

<sup>130</sup> Sobre tais conceitos, cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2002, 4ª tiragem, 2005, pp. 109-13.

<sup>131</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *A relação...* cit., p. 30-2.

"O ato vinculado nada mais é, neste sentido, que uma decisão validada de modo condicional, enquanto o discricionário se refere à decisão validada de modo finalista. No primeiro a imunização ocorre pelo correto e rigoroso emprego dos meios. No segundo, a solidariedade entre meios e fins exige a correta adequação tendo em vista os fins fixados e a atingir (...) A técnica de validação finalista faz, portanto, do ato discricionário uma norma cuja validade jamais se liberta do juízo de valor do seu emissor (...) Assim, a verificação de sua validade nos obriga a pensar em probabilidades e chances, escalas móveis, proporções de valores e oportunidades condicionadas pelo tempo. Ou seja, levam-se em conta, dada a impossibilidade de uma impessoalização neutra, o procedimento utilizado, a competência (não jurídica) especializada e, sobretudo, as repercussões para além das conseqüências puramente jurídicas, pois os seus resultados inesperados não são um mero agravamento possível, mas serão tidos como não justificados"<sup>132</sup>.

Daí se percebe que, por ser uma competência discricionária, a habilitação legal deve indicar, de forma expressa, a finalidade a ser atendida pelo exercício da função regulamentar. Desse modo, a finalidade indicada pela lei será capaz de limitar a compreensão dos motivos ensejadores da prática do ato. O fim, assim, delimitará os possíveis motivos porque há uma necessária correção lógica entre motivo e conteúdo do ato em função da finalidade — isto é, justificará um controle da causa, no sentido empregado por Celso Antônio Bandeira de Mello. É que a finalidade indicada na lei não tolera qualquer motivo, mas somente aqueles que se justificam em vista dessa mesma finalidade. Assim, mesmo que os motivos não sejam indicados pela lei, será mister apurar se os motivos invocados são verdadeiros e aptos para o atendimento da finalidade<sup>133</sup>. Motivo, finalidade legal e finalidade efetivamente atendida pelo ato regulamentar, essas são noções inter-relacionadas. Como explica Celso Antônio, "não há como separar o motivo (ou pressuposto de fato) da finalidade e do interesse que, pelo cumprimento dela, se vê atendido."<sup>134</sup>. Não são, pois, quaisquer fatos suficientes para justificar a expedição, a alteração ou a revogação dos regulamentos, bem como será nulo o regulamento expedido sem motivo algum. Pode-se dizer que, de certo modo, a lei sempre dá o motivo do ato, mas o concede, muitas vezes, indiretamente, pela indicação da finalidade.

Há limites, por óbvio, à compreensão do motivo, mas como a lei pode ser omissa no ponto, cabe, muitas vezes, à autoridade administrativa estipular os pressupostos de fato de sua atuação. Não é fundamental — como o é no caso da finalidade — que a lei esgote a indicação dos fatos justificadores dos regulamentos. Essa não-indicação do motivo, contudo, não implica a inexistência de controle sobre o pressuposto de fato do ato da Administração. Essa conclusão é extraída da lição da doutrina:

---

<sup>132</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>133</sup> Cf. Caio Tácito. *Princípio... cit.*, p. 341.

<sup>134</sup> *Discricionabilidade administrativa e controle judicial... cit.*, p. 26.

"Mesmo quando a lei se omite em explicitar os motivos necessários para a produção do ato, nem por isso poder-se-ia abraçar a conclusão de que, em tais hipóteses, a Administração pode agir sem motivos, isto é, sem apoio em fatos que lhe sirvam de base prestante para expedir o ato, ou que está livre para calçar-se em quaisquer fatos, sejam quais forem"<sup>135</sup>.

Também nesse sentido, a lição de Tomás-Ramón Fernández:

"El *quantum* de la discrecionalidad depende, ciertamente, de la estructura finalista de la norma, porque el fin que ésta propone condiciona y limita seriamente *per se* la libertad de elección de los medios que la norma concede y ello aunque el texto literal de la misma parezca *prima facie* otorgar una libertad total al no hacer referencia alguna a los medios, ni establecer criterio alguno para la elección de uno concreto"<sup>136</sup>.

Dessa forma, só se prestam a justificar idoneamente o regulamento os motivos que possam ser reputados implicitamente à lei, em vista das finalidades que necessariamente indica<sup>137</sup>. O controle, então, dar-se-á sobre a causa do ato, isto é, na análise judicial acerca da relação de adequação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato (regulamentar) em função da finalidade<sup>138</sup>. E esse exame assume especial relevo justamente nas hipóteses em que a lei é omissa na enunciação dos motivos<sup>139</sup>. Daí que não pode a autoridade administrativa alterar sem qualquer motivo a norma regulamentar.

Esse também é o entendimento de Sérgio V. Bruna. Esse autor encarece que a relação meio/fim assume especial relevância porque, ao justificar a possibilidade de regulamentos autorizados, não admite que a lei prescindia da indicação da finalidade da atuação regulamentar. Assim, o exercício dessa competência normativa deve ser exercida "no âmbito das diretrizes estabelecidas pelo legislador com vistas à consecução das finalidades legais"<sup>140</sup>.

A finalidade específica indicada na lei, portanto, erige-se como uma baliza do exercício da competência discricionária, como regra de apuração do atendimento ao princípio da legalidade. Isso porque "quando não há satisfação da finalidade legal não há não há satisfação real da regra de Direito, mas violação dela"<sup>141</sup>. Logo, o regulamento incapaz de atender à finalidade prevista na lei é ilegal e deve, pois, ser invalidado.

Em razão do controle da causa justificam-se, então, controles acerca da razoabilidade e proporcionalidade das normas regulamentares, pois estes são critérios de controle da causa,

---

<sup>135</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., pp. 93-4.

<sup>136</sup> Viejas... cit., p. 179.

<sup>137</sup> Cf., nesse sentido, Afonso R. Queiró. Os limites... cit., p. 5.

<sup>138</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, última ob. cit., pp. 94-8, e *Curso...* cit., pp. 380-2.

<sup>139</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade administrativa e controle judicial...* cit., pp. 28-9.

<sup>140</sup> Sérgio V. Bruna, ob. cit., p. 177.

<sup>141</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., p. 45.

como vem sendo destacado pela doutrina<sup>142</sup>. A indicação da finalidade do exercício da função justifica, então, a inadmissão de regulamentos incapazes de atingir a finalidade proposta pela lei, assim como a intolerância de regulamentos desproporcionais ou desarrazoados em vista da finalidade indicada na lei. Deve, pois, se evidenciar a existência de uma relação lógica entre a finalidade indicada na lei e as regras editadas pela Administração. Só assim será possível conciliar legalidade, separação de poderes e regulamento.

Nesse contexto, fica evidente a importância de se exigir a motivação dos atos regulamentares. Sem explicitação dos motivos justificadores do ato regulamentar fica difícil o controle da sua finalidade, dos motivos, enfim, de sua causa. A motivação é indispensável à prática do ato, ainda que não haja exigência expressa constitucional ou legal nesse sentido. A necessária motivação do ato é uma exigência indispensável à viabilidade de seu efetivo controle jurisdicional. É também corolário da incidência do princípio da razoabilidade do ato regulamentar, pois que este implica a exigência de motivação e a necessidade de apoio nos fatos<sup>143</sup>.

Entretanto, a Lei Complementar 95, de 26.2.1998, aplicável aos regulamentos por força do parágrafo único do art. 1º, não traz exigência de fundamentação. Também nada diz o Decreto 4.176, de 28.3.2002, que regulamenta a lei complementar referida<sup>144</sup>. A exceção louvável fica por conta da já referida Lei paulista 10.177, de 30.12.1998 (art. 15), que exige exposição de motivos de decreto regulamentar, bem como determina seja a minuta submetida à consideração do órgão jurídico competente, entre outras exigências procedimentais.

A falta de indicação da fundamentação do ato dificulta sobremaneira a defesa, inviabilizando o controle da discricionariedade exercida na edição da norma. Há ainda dificuldade em utilizar os considerandos, as exposições de motivos ou mesmo o preâmbulo como fundamentação, pois não integram a parte normativa e, geralmente, invocam razões de conveniência e oportunidade, e não elementos jurídicos para justificar a expedição do ato.

---

<sup>142</sup> Para um estudo mais detido da exigência de razoabilidade dos atos regulamentares, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. "Poder"... cit., pp. 347-50, e Sérgio V. Bruna, ob. cit., pp. 142 e segs. Quanto ao princípio da proporcionalidade no Direito brasileiro, v. Humberto Ávila. *Teoria...* cit., pp. 112 e segs., e, do mesmo autor, *A distinção...* cit., pp. 168-78. Cf., ainda, Luís Virgílio Afonso da Silva. *O proporcional...* cit., pp. 27 e segs., além do trabalho de Dimitri Dimoulis et Leonardo Martins. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 176-232. Luís Virgílio Afonso da Silva, inclusive, oferece critérios para uma distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Também não se poderia deixar de referir ao estudo de José Roberto Pimenta Oliveira, que conta com críticas a uma completa cisão entre razoabilidade e proporcionalidade (ob. cit., pp. 192-9), bem como com uma análise específica sobre a aplicação da razoabilidade-proporcionalidade ao exercício da competência normativa da Administração (ob. cit., pp. 287 e segs.). Por fim, nessa forma de controle do ato regulamentar, no âmbito federal, seria interessante o recurso aos dados colhidos em atendimentos às questões exigidas pelos Anexos I e II do Decreto 4.176, de 28.3.2002.

<sup>143</sup> Cf., nesse sentido, Sérgio V. Bruna, ob. cit., p. 176.

<sup>144</sup> O recurso aos dados colhidos em atendimento aos Anexos I e II do Decreto 4.176, de 28.3.2002, no entanto, podem compensar a falta de motivação.



Cabe registrar, no entanto, a posição de Diógenes Gasparini que considerava, já no regime jurídico-constitucional anterior, sempre necessária a fundamentação jurídica, devendo integrar o preâmbulo do ato normativo<sup>145</sup>.

Com efeito, é acertada essa posição e que, pelas razões apontadas, deveria prevalecer, especialmente quando se compreende o exercício da função regulamentar como espécie de competência discricionária. Ademais, como bem destaca a doutrina, é o preâmbulo que traz a justificação da lei, mediante a qual a autoridade explicita as razões do novo texto<sup>146</sup>. Como já dissemos, a fundamentação é indispensável ao controle jurisdicional efetivo do regulamento. Deve, pois, a autoridade indicar no preâmbulo do ato a síntese das razões que fundamentam o regulamento e que deverão ser considerados no controle de legitimidade do regulamento.

Ainda quanto ao tema da motivação, é preciso deixar claro um último ponto: deve a motivação ser contemporânea ou anterior ao regulamento, sob pena de nulidade do ato. Não valem, portanto, motivações fabricadas para justificar em juízo o ato impugnado, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>147</sup>. Daí a indicação do preâmbulo do ato normativo como local apropriado para a síntese da motivação, além, claro, do recurso à análise dos procedimentos, participativos ou não, anteriores à edição do ato, como já destacado (cf. Parte 2, item 4.1.3., *supra*).

#### 4.2.3. RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste tópico, convém destacar, antes de tudo, que não nos interessam divergências terminológicas acerca da distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos, liberdades civis, direitos individuais e outras. Tampouco, nos preocupa a indicação precisa do que se deve entender pela expressão "direitos fundamentais". A tarefa, além de árdua e de demandar novos estudos, calharia melhor a um trabalho específico de Direito Constitucional, e não a um estudo sobre regulamentos. Além disso, como registra com total pertinência Dalmo de Abreu Dallari<sup>148</sup>, citando Bobbio, na atualidade, já não há tanta relevância em saber quais são os direitos fundamentais ou qual o fundamento dos direitos humanos ou fundamentais, mas sim qual é o modo mais seguro de efetivá-los.

---

<sup>145</sup> Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., pp. 96-7.

<sup>146</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 277-9.

<sup>147</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., pp. 103-5, e *Curso...* cit., pp. 373-6.

<sup>148</sup> Estado... cit., pp. 218-9.

No entanto, uma noção elementar de direitos fundamentais — da qual não há possibilidade de se furtar — é a indicação de que os direitos fundamentais são os ligados à liberdade em geral, aqueles direitos que, ao mesmo tempo, asseguram posição de direito subjetivo ao indivíduo e restringem as possibilidades de atuação do Estado<sup>149</sup>. Já num sentido constitucional-positivo, a referência elementar é o Título II da Constituição da República, que recebeu a epígrafe de "*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*", que constitui um verdadeiro "amplo catálogo de direitos fundamentais"<sup>150</sup>, sem olvidar que a enunciação constitucional dos direitos fundamentais não se limita ao citado título, mas antes se projeta para toda a Constituição da República<sup>151</sup>.

Dessa colocação elementar, já se vislumbra que a questão dos direitos fundamentais, em verdade, transcende as relações entre lei e regulamento. Na atualidade, portanto, a questão dos direitos fundamentais não se relaciona com a reserva de lei, mas impõe-se como limitação a qualquer poder público, inclusive o legislador. A positivação dos direitos fundamentais, por isso, acontece, na maioria das vezes, em nível constitucional. Logo, se assim cabe falar, cuida-se de uma reserva de Constituição ou de uma matéria submetida à reserva constitucional. O texto constitucional é, portanto, o local mais adequado para a positivação e a proteção dos direitos fundamentais, embora também se reconheça a possibilidade de sua veiculação por norma infraconstitucional, especialmente na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. Aliás, esse dispositivo reforça essa compreensão da força constitucional das normas que asseguram direitos humanos fundamentais porque concede força de emenda à Constituição aos tratados de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos congressistas.

É preciso destacar o seguinte, é necessária a positivação constitucional para assegurar aos direitos fundamentais a dimensão de fundamentalidade. Assim, os direitos fundamentais são retirados da disposição do legislador. Sem essa positivação constitucional, explica J. J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais são meras aspirações, idéias ou até mesmo retórica política. Não obstante a necessidade de positivação constitucional, não se deve ignorar a fundamentalidade material desses direitos, que lhe confere a nota de cláusula aberta<sup>152</sup>. Nesse sentido, basta ver o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República, segundo o qual os direitos expressos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados assinados pelo Brasil. Daí se admitir

---

<sup>149</sup> Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ob. cit., p. 63.

<sup>150</sup> Maria Garcia, ob. cit., p. 115.

<sup>151</sup> Cf. Marcelo Figueiredo, ob. cit., pp. 59 e segs.

<sup>152</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., em especial, pp. 378-80 e 403-4.

falar em direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materialmente fundamentais.

É mister assinalar que os direitos fundamentais não são apenas os próprios da pessoa humana. Também se reconhece direitos fundamentais à pessoa jurídica ou coletiva, como prefere a doutrina portuguesa. Somente se lhes excluí os direitos fundamentais que pressupõem características intrínsecas do homem como corpo e bens espirituais<sup>153</sup>. A doutrina constitucional, inclusive, já cogita a possibilidade de direitos fundamentais de algumas pessoas jurídicas de direito público. Assim, pode-se falar do direito fundamental à autonomia universitária ou de autonomia de certas ordens profissionais<sup>154</sup>. O destaque dessa anotação nos parece oportuno porque a crescente de regulamentos se verifica, em especial, na regulação econômica, o que por certo envolve questões desse porte.

Ora, se o *locus* de positivação jurídica dos direitos fundamentais é a Constituição, claro que eventual restrição a direito fundamental somente será possível mediante autorização da própria Constituição. Nesse sentido, explica J. J. Gomes Canotilho, é possível vislumbrar três formas de restrições aos direitos constitucionais: a) restrições já constitucionalmente previstas, chamada de restrição constitucional direta; b) restrições legais autorizadas pela Constituição, chamada de reserva de lei restritiva; e c) restrições legais sem autorização expressa na Constituição, dita restrição não expressamente autorizada dos direitos fundamentais<sup>155</sup>.

A terceira hipótese não desmente o que antes se disse: a restrição legal sempre depende de autorização constitucional, ainda que não expressa. Assim, essa possibilidade só é aceitável porque nenhum direito fundamental se concebe irrestrito ou irrestringível, então, deve ser admitida a modulação do conteúdo constitucionalmente garantido do direito fundamental. São também os casos de concorrência e colisão de bem ou direitos constitucionais<sup>156</sup>.

O exemplo torna mais fácil a compreensão. A Constituição assegura a liberdade de manifestação do pensamento sem autorizar restrições, vedando unicamente o anonimato (Constituição, art. 5º, IV), no entanto, a lei penal não deixa de punir as hipóteses de injúria,

---

<sup>153</sup> Cf. Alexandre Santos de Aragão. Atividades... cit., pp. 228-30. Em outro sentido, cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ob. cit., pp. 97-9. Segundo estes autores, a letra do nosso texto constitucional é indevidamente restritiva no *caput* do art. 5º quando se refere aos "brasileiros e aos estrangeiros residentes no País" e, por isso, careceria de reforma para atender à exigência de tutela constitucional dos direitos fundamentais das pessoas jurídicas.

<sup>154</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 420-3, e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ob. cit., em especial, pp. 141-52.

<sup>155</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 450-1.

<sup>156</sup> Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ob. cit., pp. 169-75.

difamação, calúnia e apologia ao crime. J. J. Gomes Canotilho, no trecho citado, nos oferece exemplo parecido: o direito de manifestação, em Portugal, é livre sem qualquer restrição constitucional e sem autorização de lei restritiva, mas são proibidas por lei as manifestações violentas e com armas. Ou seja, é possível a restrição legal do direito fundamental sem expressa autorização constitucional desde que essa limitação se refira à definição do conteúdo constitucionalmente protegido desse direito, bem como na sua eventual colisão ou concorrência com outro bem ou direito constitucional.

Portanto, qualquer restrição a direito fundamental deve ter base constitucional. Bem por isso, cabe tão-só à lei, desde que constitucionalmente autorizada, restringir direito fundamental, sob pena de se colocar à disposição da Administração o que não se quer à disposição nem mesmo da lei. Não se nega a existência de intervenções restritivas dos direitos fundamentais — como a ordem de dissolução de uma manifestação ilegal — mas tais restrições também deverão encontrar fundamento último numa disposição constitucional<sup>157</sup>. "O requisito de lei formal significa também, no direito constitucional vigente, a exigência de uma «cadeia ininterrupta de legitimidade legal» relativamente aos actos que, concretamente, restrinjam direitos, liberdades e garantias"<sup>158</sup>.

Vale a pena registrar que mesmo em países com tradição na técnica de delegação, como os Estados Unidos da América, não se concebe a restrição a direito fundamental não fundada na lei. Assim, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana somente tem admitido "delegações menos ricas em conteúdo se estiverem em causa objectivos legislativos de política económica e social, mostrando-se, pelo contrário, mais exigente logo que possa ser afectado qualquer direito fundamental"<sup>159</sup>.

Só cabe à lei parlamentar a restrição ao direito fundamental, mas também essa lei encontra seus limites. É que, em todo caso de restrição, deve ser respeitado o núcleo essencial do direito fundamental. Verifica-se, assim, a existência de limites aos limites dos direitos fundamentais. A possibilidade de a legislação estabelecer hipóteses de restrição ao direito fundamental, por óbvio, não autoriza o aniquilamento do direito fundamental e justifica um princípio da salvaguarda do núcleo essencial. Daí também as exigências de proporcionalidade e proibição de excesso da lei restritiva, bem como da necessária abstração a ser observada pela lei restritiva em respeito ao princípio isonômico<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 1.265-6.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 453.

<sup>159</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 637.

<sup>160</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 451-61, Maria Garcia, ob. cit., pp. 116-7 e 120, e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ob. cit., pp. 167-9.

A doutrina de Agustín Gordillo acrescenta mais um dado ao problema da possibilidade de restrição a direito fundamental. Explica o autor que sequer se admite restrição a direito fundamental veiculada por ato normativo do Executivo com força de lei, isto é, sequer "decreto-lei" é capaz de restringir direito fundamental. Invoca em prol de sua tese precedentes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Embora um tanto longo, cabe citar no original a doutrina do autor argentino:

"Nuestra Corte Suprema ha reconocido más de una vez la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos (*Giroldi*, 1995, *Arce*, 1997) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que 'Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución*' (Párr. 22 de la OC 6/96, ComisiónIDH, *Informe anual*, 1996, Washington, D.C., 1997, p. 65; la bastardilla es nuestra). En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 'Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno' (*Op. ult. cit.*, párrafo 62, p. 65; el destacado es nuestro)"<sup>161</sup>.

Embora o tema não nos interesse diretamente nesta oportunidade, o argumento do autor, inclusive, é suficiente para colocar em dúvida a constitucionalidade de medida provisória que, em nosso ordenamento constitucional, pretenda limitar direito fundamental. Com efeito, a primeira função de uma garantia fundamental é resguardar o particular da arbitrariedade do Poder Público, não convém, por isso, admitir a limitação dessa garantia por parte do Executivo, ainda que por ato com força de lei. É verdade que, a nosso juízo, aqui o argumento perde um pouco de sua força em razão da admissão de medidas provisórias para a majoração de impostos, respeitadas as limitações indicadas no § 2º do art. 62 da Constituição da República.

Contudo, em nosso ordenamento, a impossibilidade de restrição a direito fundamental por ato normativo do Executivo sem força de lei pode ser evidenciada pela proibição da edição de lei delegada — que tem força de lei, o que o regulamento não tem — veicular normas referentes aos direitos individuais, políticos e eleitorais, constante do art. 68, § 1º, II, da Constituição da República. Se não há perfeita identidade entre os termos direitos

---

<sup>161</sup> Agustín Gordillo, ob. cit., Tomo 1, p. VII-5.

individuais e direitos fundamentais, não há como negar que o propósito do dispositivo constitucional é nesse sentido.

Centrando, pois, o argumento no assunto que nos toca diretamente na oportunidade: é inquestionável a impossibilidade de regulamento que pretenda veicular, sem amparo em texto expresso de lei formal, qualquer menor restrição a direito fundamental. Ou seja, a restrição de direito fundamental veiculada em regulamento não deve passar de uma mera repetição de uma prescrição constitucionalmente autorizada e já previamente antecipada em lei parlamentar. A lei deve então caracterizar de forma suficientemente determinada e densa a restrição ao direito fundamental<sup>162</sup>. Em sentido mais duro, a lição de Luís S. Cabral de Moncada<sup>163</sup> assegura que sequer regulamentos meramente executivos são admitidos nas restrições aos direitos fundamentais, quando não, exige uma rígida relação de conformidade material do regulamento com a lei, cuidando o regulamento de aspectos não-restritivos.

É preciso ainda referir, ainda, à questão das relações de supremacia especial. Antes, já se assentou que ela não é fundamento suficiente para se prescindir da legalidade (cf. Parte 2, item 4.1.2., *supra*). Nesse sentido, vale destacar que já é ultrapassada a visão segundo a qual nas relações especiais de poder há uma renúncia pelo indivíduo aos direitos fundamentais. Não se admite, pois, uma completa relativização da reserva de lei, pois a vontade individual não é capaz de sobrepor ao sentido constitucional e transformar um direito fundamental em direito disponível. Nesse sentido, uma vez mais, é imprescindível a transcrição de trecho da lição de J. J. Gomes Canotilho:

"Se a Constituição só permite restrição através de lei e nos casos nela expressamente previstos, seria fácil eliminar a *força dirigente* dos direitos fundamentais, imanente a esta reserva, se a vontade individual se sobrepusesse ao sentido constitucional da reserva e transformasse os direitos, liberdades e garantias em direitos totalmente disponíveis, susceptíveis, inclusive, de renúncia"<sup>164</sup>.

Com efeito, os cidadãos regidos por estatutos de relações especiais de poder não estão submetidos a um estatuto de sujeição mediante o qual se produziria uma *capitis diminutio*<sup>165</sup>. No mesmo sentido, é a doutrina de Luís S. Cabral de Moncada, quando analisa a questão no direito alemão:

"Sintetizando, pode dizer-se que as relações especiais de poder só justificam uma diminuição da proteção fornecida pelo regime dos direitos fundamentais, quando há expressa autorização constitucional para isso (arts. 17<sup>a</sup> e 33, n<sup>o</sup> 5 da GG [Lei Fundamental alemã]) e devendo os limites

---

<sup>162</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 1.278-9.

<sup>163</sup> Ob. cit., pp. 1.029-31.

<sup>164</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 463.

<sup>165</sup> *Idem*, pp. 466-7.

cingir-se ao mínimo necessário para a prossecução de certos fins públicos, também constitucionais, apresentando-se como verdadeiramente imprescindíveis"<sup>166</sup>.

À mesma conclusão chega também quando analisa as relações especiais de poder no Direito português: não cabe renúncia aos direitos fundamentais em razão do contato mais estrito com o Estado. Assim, só é possível a restrição quando constitucionalmente autorizada e com respeito à proporcionalidade e à intangibilidade do núcleo essencial do direito fundamental<sup>167</sup>.

Não se deve ignorar também que existem diferentes sujeições e diferentes exigências quantos aos graus de limitação do regime geral de supremacia da Administração. Logo, não se deve comparar, por exemplo, a sujeição de um militar a de um estudante, nem o estatuto destes pode ser comparado ao de um preso. Tais questões devem ser consideradas quanto à idéia de supremacia especial da Administração e quanto às exigências de legalidade dessa sujeição.

O exemplo do direito de greve é bastante para demonstrar essa variação nas possibilidades de restrições: (a) aos trabalhadores, a Constituição assegura o direito de greve, mas possibilita que a lei defina os serviços essenciais; (b) no caso dos servidores públicos civis, o exercício desse direito fundamental depende dos termos que serão fixados em lei específica; por fim, (c) no caso dos militares, a greve é constitucionalmente proibida. Cabe notar que, no primeiro e no segundo caso, a lei não pode ofender ao núcleo essencial do direito de greve dos trabalhadores ou dos servidores públicos, sendo que no primeiro caso deve se limitar à definição dos serviços ou atividades essenciais, enquanto que, no caso dos servidores públicos civis, não há indicação constitucional da finalidade da restrição legal a ser imposta. Por fim, no caso dos militares a restrição é total porque a Constituição simplesmente nega o direito<sup>168</sup>.

Finalmente, cabe registrar que as considerações acima não significam que as hipóteses de atuação administrativa de concretização e realização dos direitos fundamentais dispensem as exigências da legalidade. Como já dissemos a legalidade também incide na chamada Administração de prestação. "Qualquer realização, efectivação e concretização dos direitos fundamentais tem uma dimensão legal; à lei compete definir o sentido e o fim das

---

<sup>166</sup> Ob. cit., p. 448.

<sup>167</sup> *Idem*, pp. 967-87.

<sup>168</sup> Constituição da República. "Art. 9º: "É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. (...) Art. 37 (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (...) Art. 142. (...) IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;"

medidas relevantes sob o ponto de vista dos direitos fundamentais"<sup>169</sup>. Nesse sentido, a compreensão de lei não deve ser meramente de defesa: também a atividade constitutiva exige "uma predeterminação legislativa, pois que a não ser assim, a inevitabilidade desta mesma atividade a constituiria como o lugar privilegiado de um novo autoritarismo do executivo"<sup>170</sup>. Ainda segundo o mesmo autor, "Juntam-se aqui os princípios do Estado-de-Direito e o princípio democrático numa exigência de cobertura legislativa da parte nuclear da atividade de prestação..."<sup>171</sup>. Bem por isso, em verdade, se percebe que a reserva de lei se impõe a todo tratamento normativo com influência no conteúdo dos direitos fundamentais, pois os atos positivos podem ser tão ou mais gravosos que a atuação agressiva e limitadora<sup>172</sup>. É que a atuação administrativa deixaria de ser instrumental ao interesse coletivo caso dispensasse a norma que é expressão da vontade coletiva, isto é, caso dispensasse a lei para a sua atuação.

Há, ainda, um argumento final. Só a previsão legislativa é capaz de viabilizar um controle jurisdicional adequado do ato administrativo ou de regulamento concessivo de benefício ao administrado. Parece bastante claro que, quanto mais a previsão legislativa for intensa e extensa, mais tranqüilo será o reconhecimento da ilegalidade perante o tribunal. Assim, o ato poderá ser questionado, tanto pelo beneficiário, quanto pelo seu concorrente. A questão, portanto, relaciona-se com a efetividade do direito fundamental de acesso aos tribunais (Constituição, art. 5º, XXXV), que exige a estipulação de parâmetros legais de controle<sup>173</sup>.

Portanto, também é inadmissível a dispensa de legalidade também na hipótese de concretização de direitos fundamentais.

#### 4.2.4. SANÇÕES PELA INFRINGÊNCIA DE REGULAMENTOS

Os regulamentos são normas jurídicas. Assim, o descumprimento de suas disposições deve acarretar sanção<sup>174</sup>. O que é uma sanção? Essa é uma questão que, por certo, além de escapar aos propósitos de nossos estudos, apresenta complexidades que não temos a pretensão de esgotar. Marcello Caetano<sup>175</sup> inclui a nulidade absoluta e a anulabilidade do ato jurídico da

---

<sup>169</sup> J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 731.

<sup>170</sup> Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 102.

<sup>171</sup> *Idem*, p. 247.

<sup>172</sup> *Idem*, pp. 251-60 e 866-8.

<sup>173</sup> *Idem*, pp. 430-1.

<sup>174</sup> Marcello Caetano. *Manual...* cit., p. 105.

<sup>175</sup> *Idem, ibidem*.



Administração como modalidade de sanção, denominando-a de sanção administrativa. Contudo, Diógenes Gasparini<sup>176</sup> esclarece que essas medidas são exercícios de autotutela, não revelando caráter punitivo. São justamente essas sanções punitivas, portanto, que nos interessam neste tópico. Uma noção elementar explica que sanção, nesse sentido, pode ser definida como a imposição de um castigo<sup>177</sup>. Podemos afirmar, então, que sanção, em princípio, é *qualquer medida* que o ordenamento jurídico impõe àqueles que o violem<sup>178</sup>.

Essas sanções podem ter eficácia interna ou externa à Administração, ou seja, poderá ser imposta ao agente que integra a burocracia estatal ou ao administrado<sup>179</sup>. As chamadas sanções internas à Administração são aplicadas aos agentes da Administração que não cumprem as normas regulamentares. São as chamadas sanções disciplinares na terminologia de Marcello Caetano<sup>180</sup>. O fundamento dessa sanção é uma relação de supremacia especial estabelecida entre a Administração Pública e seus agentes. São infringência, em geral, aos regulamentos internos ou de organização. As sanções externas à Administração, geralmente, estão associadas aos regulamentos de polícia.

A norma sancionadora deve estar prevista na lei regulamentada e não apenas no regulamento. É inadmissível a hipótese de norma sancionadora prevista tão-só no regulamento<sup>181</sup>. Sobre essa impossibilidade, Marcello Caetano nos esclarece que a sanção penal — penal porque ele denomina de sanção administrativa as hipóteses de nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos da Administração —, própria dos regulamentos de posturas e de polícia, deve estar prevista na lei especial quando se trate de regulamento de execução. Para os regulamentos autônomos, a lei geral previa uma lista das penalidades facultadas<sup>182</sup>.

---

<sup>176</sup> *Poder...* cit., p. 94.

<sup>177</sup> Cf. Carlos Ari Sundfeld. *Direito...* cit., pp. 79-80. Não foram objeto de preocupação no texto as chamadas sanções positivas ou de prestação.

<sup>178</sup> Bem por isso já Montesquieu asseverava que: "Nos governos moderados, para um bom legislador tudo pode servir como castigo. Não é bastante extraordinário que em Esparta uma das penas principais tenha sido a de não poder emprestar sua mulher a outro, nem receber a mulher de outro, e só ficar em sua casa com virgens? Em uma palavra, tudo que a lei chama de castigo é efetivamente um castigo". Ob. cit., Livro VI, Capítulo IX, p. 94.

<sup>179</sup> Cf. Diógenes Gasparini. *Poder...* cit., p. 93.

<sup>180</sup> *Manual...* cit., pp. 105-6.

<sup>181</sup> Em sentido contrário Diógenes Gasparini, que admitia sanção "imposta pelos regulamentos independentes que podem criar direitos e obrigações, prevendo as sanções aplicáveis em cada caso" (ob. cit., p. 91). Contra o entendimento de Diógenes Gasparini pode ser invocado o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que entendeu inadmissível a previsão de comportamento sancionador em ato regulamentar: "3. O art. 44 da Lei nº 4.595/64 dispõe apenas sobre as sanções, que são indeterminadas. Os preceitos sancionados com multa estão todos arrolados nos parágrafos do art. 44, especialmente nas letras 'a', 'b' e 'c' do § 2º do referido art. 44. 4. A letra 'b' do § 2º do art. 44 poderia ser considerada norma penal em branco mas, por disposição expressa, só poderia ser complementada por dispositivos contidos na própria Lei nº 4.595/64 e nunca Portarias ou Resoluções." Apelação Cível 95.04.00125-4, 3ª Turma, rel. para acórdão Juíza Luiza Dias Cassales, j. 17.12.1998, DJU 7.4.1999, pp. 643-50, por maioria.

<sup>182</sup> *Manual...* cit., p. 105.

Também assim Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>183</sup> explica que os regulamentos autônomos de polícia não poderiam estabelecer penas, logo estas eram previstas em leis gerais.

A exigência de previsão legal para as sanções punitivas é encarecida por Carlos Ari Sundfeld. Explica que o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República, ao prever que inexistirá pena sem cominação legal, denota forte inspiração na teoria do Direito Penal. Não obstante, é inquestionável sua aplicação à atividade da Administração Pública, eis que sujeita ao princípio da estrita legalidade administrativa. Daí sua contundente conclusão:

"Logo, não há como o decreto — ou pior, ato de escala inferior — prever infrações e criar sanções administrativas: ou vêm dispostas em lei ou inexistem no mundo jurídico. Não melhora a situação o fato de o decreto ser editado com base em lei estipulando: 'o regulamento preverá as infrações e sanções aplicáveis para realizar os objetivos da presente lei'. Tal significaria delegação de poder legislativo, gravosa ao princípio da separação de Poderes (CF, art. 2º)"<sup>184</sup>.

Também no parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello "não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais"<sup>185</sup>.

A aproximação do Direito Administrativo sancionador ao Direito Penal, contudo, merece alguns temperamentos e outros cuidados. Nesse sentido, Luís S. Cabral de Moncada<sup>186</sup> enfatiza que, sim, se devem reafirmar as exigências da legalidade no domínio importantíssimo das infrações disciplinares e administrativas, destaca, assim, que não há diferença ontológica entre as hipóteses, mas o alcance da legalidade não pode ser tão estreito na identificação das sanções e infrações administrativas como no das sanções penais propriamente ditas.

É preciso, então, explicar que a previsão de um tipo sancionador administrativo, tal qual o penal, é composto de uma norma primária, mediante a qual se define a conduta ilícita, e de uma norma secundária ou sancionadora, mediante a qual se estipula o conseqüente, a sanção. É dizer, o tipo sancionador completo é composto pela *infração* e pela *sanção administrativa*, na terminologia empregada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>187</sup>. Cabe alertar que se refere aqui à estrutura da norma e não de seu texto, já que no campo administrativo, muitas vezes, essa estrutura se evidencia apenas de forma indireta. Ou seja, de modo geral, o texto da norma se expressa pela indicação dos deveres administrativos

---

<sup>183</sup> Ob. cit., p. 344.

<sup>184</sup> *Direito...* cit., pp. 80-1.

<sup>185</sup> *Curso...* cit., p. 797. Cf., também nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira, ob. cit., pp. 473-4.

<sup>186</sup> Ob. cit., pp. 771-4 e 976-7.

<sup>187</sup> *Curso...* cit., p. 797.

(infração) e o texto da norma sancionadora remete ao descumprimento daqueles deveres (sanção). A norma sancionadora completa está dispersa em textos diferentes<sup>188</sup>.

Não cabe dúvida razoável acerca de que o conseqüente da norma sancionadora não pode ser previsto exclusivamente no regulamento: aplica-se, pois, o antes referido dispositivo constitucional, reservando-se a questão totalmente à lei. Ora, sequer aos regulamentos autônomos se assegurou a possibilidade de prever o conseqüente sancionador, como se destacou. No entanto, a questão fica mais complexa no que toca à definição da conduta, isto é, quanto à norma primária ou infração. É que muitas vezes, a norma legal é incompleta ou composta por juízos sintéticos ou por conceitos indeterminados e, dessa forma, habilita o regulamento para definir certas circunstâncias que compõe a infração ou, ainda pior, a lei define simplesmente que a inobservância da norma regulamentar a ser expedida constitui infração sujeita a certa sanção<sup>189</sup>. A dificuldade quanto ao tema das sanções administrativas reside justamente nessa quebra: as partes componentes da norma sancionadora completa estão em textos normativos diferentes.

Não obstante, o reenvio que promove a norma secundária, exige-se da lei uma caracterização da conduta sancionada relacionando-a à sanção correspondente. Daí a correta observação de Marcelo M. Prates quando encarece, invocando a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, a importância do princípio da precisão ou da determinabilidade no tema da sanção administrativa. Cabe trazer trecho do acórdão citado pelo autor:

"(...) a regra da *tipicidade* das infracções, corolário do *princípio da legalidade*, consagrado no n.º 1 do artigo 29.º da Constituição [portuguesa de 1976] (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), só vale, *qua tale*, no domínio do direito penal, pois que, nos demais ramos do direito público sancionatório (*maxime*, no domínio do direito disciplinar), as exigências da tipicidade fazem-se sentir em menor grau: as infracções não têm, aí, que ser inteiramente tipificadas. Simplesmente, num Estado de Direito, nunca os cidadãos (...) podem ficar à mercê de puros actos de poder. Por isso, (...), as normas legais têm que conter um *mínimo de determinabilidade*. Ou seja: hão-de revestir um grau de precisão tal que permita identificar o tipo de comportamentos capazes de induzir a inflicção dessa espécie de penas - o que se torna evidente, se se ponderar que, por força dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, elas só deverão aplicar-se às condutas cuja gravidade o justifique"<sup>190</sup>.

Nesse sentido, colhe-se na doutrina de Luís S. Cabral de Moncada, que esse critério de determinabilidade deve ser apurado segundo o texto da lei:

---

<sup>188</sup> Cf. Marcelo Madureira Prates. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 83-4.

<sup>189</sup> Nesse sentido, Marcelo Madureira Prates (*idem, ibidem*) lembra o exemplo da Lei 9.605, de 12.2.1998: "Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente".

<sup>190</sup> Ac. n.º 666/94 in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 29.º vol., 1994, pp. 349-57, citado por Marcelo Madureira Prates, ob. cit., pp. 85-6, os grifos não são do original.

"embora se admita que a descrição da infração administrativa não tenha de constar completamente da lei formal, ao invés do que se passa com as infrações penais, podendo ser completado ulteriormente por um regulamento, os critérios mínimos da descrição respectiva tem de ser já legislativos"<sup>191</sup>.

Em outro trecho, o autor destaca que não há, sob esse aspecto, diferença qualitativa entre as relações gerais e especiais de poder. Há, portanto, que se transigir com certa flexibilidade nas normas administrativas sancionadoras, mas sem dispensar certas exigências da legalidade. Logo, "os aspectos que a lei não pode deixar de focar são, pelo menos, os da tipificação das infrações, os da graduação das sanções e a relação entre as condutas tipificadas e as sanções aplicáveis"<sup>192</sup>.

Entre nós, José Roberto Pimenta Oliveira cogita a viabilidade de uma "tipificação administrativa complementar", mas que não signifique ou autorize uma fuga à legalidade. Cuidar-se-ia de um desdobramento administrativo de previsões legais genéricas. Quanto ao mandamento conseqüente da norma (sanção), contudo, não admite qualquer abrandamento. Deve, pois, estar completamente prevista em lei<sup>193</sup>.

A exigência de previsão legislativa para a caracterização das sanções administrativas também é destacada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Com efeito, toda a construção jurídica objetivada com o princípio da legalidade para ensejar segurança jurídica e isonomia valeriam nada e seriam 'monumentos à esterilidade' se a caracterização das condutas proibidas aos administrados pudesse ser feita de modo insuficiente, de tal maneira que este não tivessem como saber, com margem razoável de certeza, quando e **do que** deveriam abster-se para se manterem ao largo das conseqüências sancionadoras aplicáveis aos infratores do Direito. (...) Esta caracterização suficiente é absolutamente imprescindível nas hipóteses em que a conseqüência prevista pelo Direito para o infrator da regra não é simplesmente a invalidação do ato ou a sustação do comportamento censurado, mas consista na aplicação de **penalizações** administrativas ou criminais. Assim, a lei terá de proceder à qualificação necessária a que se aludiu ou, na hipótese já referida de obrigação administrativas, em que caiba ao regulamento caracterizar, segundo critérios técnicos, as

---

<sup>191</sup> Ob. cit., p. 772.

<sup>192</sup> *Idem*, p. 977.

<sup>193</sup> José Roberto Pimenta Oliveira, ob. cit., pp. 475-6. Em sentido semelhante, vale a referência a texto de Egon B. Moreira, segundo o qual "é possível a existência válida de 'normas administrativas sancionadoras em branco': previsões normativas cuja estrutura é incompleta. A sanção é certa, porém o conteúdo do preceito é indeterminado, devendo ser preenchido por dispositivos de legislação diversa daquela que estabelece a sanção ou através de provimentos administrativos específicos (atos ou regulamentos)". Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). *In*: Sérgio Guerra (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 196. Também na legislação penal veiculam-se normas incompletas. É o caso do art. 33 da Lei 11.343, de 23.8.2006, cuja constitucionalidade é questionada pela doutrina. Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ob. cit., pp. 162-3.

situações censuradas pela lei, este terá de fazê-lo previamente a qualquer ato administrativo apenador"<sup>194</sup>.

O parecer de Caio Tácito, em análise do art. 18, II, *b*, da Lei 6.385, de 7.12.1976, que estabeleceu a competência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para definir a configuração de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, segue a mesma orientação. Explica que a *fatispecie* dever estar objetivamente prevista já na lei. Assim, a CVM poderia especificar, caso a caso, a forma de configuração do ilícito administrativo. No entanto, a sensibilidade do mercado de valores mobiliários não recomendava essa conduta do regulador, antes dele exigia uma instrução — coerente com o propósito de orientar o mercado —, que indicasse aos agentes os conceitos a adotar no julgamento de suas condutas. Não bastava, portanto, a densidade normativa da lei, exigia-se mais concreção a fim de tranquilizar os ânimos do setor regulado. Daí a pertinência de sua competência normativa. Por isso, é enfática a opinião de Caio Tácito no sentido de que a limitação ao exercício profissional mediante previsão de sanção administrativa decorre da lei, cabendo ao ato regulamentar interpretar-lhe o sentido e facilitar a execução<sup>195</sup>.

Logo, quanto ao tema da sanção administrativa pela infringência de regulamentos, requer-se, por certo, a tipificação da sanção (conseqüente) na lei formal regulamentada, admitindo-se certa remissão ao regulamento para a previsão da conduta ilícita (infração), respeitado, no entanto, sempre o princípio da determinabilidade — não se tratando de exigências tão rígidas quanto a da tipicidade penal. A exigência de determinabilidade explica-se com fundamento na legalidade substancial e na segurança jurídica, pois não há como admitir que fique a previsão da conduta infratora à livre definição por ato regulamentar.

---

<sup>194</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de direito público*. São Paulo, out.-dez., 1990, n. 96, pp. 44-5, os destaques são do original. Cf., ainda, do mesmo autor, *Curso...* cit., pp. 800-2.

<sup>195</sup> Comissão... cit., pp. 1.092-3.

## 5. CONCLUSÃO

Após os estudos acerca dos princípios da separação de poderes e da legalidade, depois de analisadas as questões relativas entre as distinções entre lei, ato administrativo e regulamento, é possível a indicação das principais sínteses conclusivas, referentes à segunda parte deste estudo.

A diferenciação entre lei e regulamento deve se pautar num critério orgânico-formal, eis que este é o único capaz de oferecer uma definição suficientemente clara do que se entende por lei. Nesse sentido, lei é a manifestação jurídica superior do Estado, que prevalece perante qualquer outra fonte normativa, exceção feita a Constituição, oriunda do Legislativo — e só do Legislativo —, na forma do processo legislativo-constitucional.

O regulamento não pode, desse modo, pretender a força jurídica da lei, eis que não é ato do Legislativo e também não é capaz de se sobrepor ou rivalizar com os termos da lei. Assim, a interpretação da lei veiculada em regulamento só vincula os agentes subordinados da Administração.

Essa conclusão, contudo, não admite a existência de um dever de aplicação dos regulamentos ilegais pelos agentes subordinados. Antes, cabe ao agente representar contra a ilegalidade. Entretanto, se a ilegalidade não transcende o juízo do agente, isto é, se ela não se constitui, se restabelece o dever de obediência. Essa questão é diferente das hipóteses de regulamento inexistente, nas quais cabe direito de resistência contra o regulamento.

A necessidade de diferenciar regulamento e ato administrativo pauta-se em critérios de utilidade, de operacionalidade e de metodologia acerca do que se compreende seja a melhor forma de sistematizar a função administrativa.

Nesse sentido, foram destacadas as razões pelas quais se fundamenta a diferenciação, bem como os elementos que justificam o uso amplo do termo regulamento para abrigar qualquer ato normativo da Administração em atendimento a uma habilitação legal.

Ainda com a intenção de bem compreender o regulamento, analisamos os seus fundamentos jurídico-formais para destacar que se trata de um sistema de competência aberta com fundamento numa atribuição constitucional, que admite a habilitação por meio de lei.

O *regulamento*, em sentido amplo, ou metodológico-sistemático, então, foi definido como a regra de direito objetivo (abstrata), expedida em desenvolvimento à lei de habilitação, no exercício de função administrativa, e submetida a controle jurisdicional de legitimidade. Já em sentido estrito, ou constitucional-positivo, o regulamento foi definido como uma regra de

direito objetivo (abstrata), expedida em desenvolvimento à lei, no exercício de função administrativa, e submetida a controle jurisdicional de legitimidade, pelo Chefe do Executivo, com fundamento em atribuição constitucional privativa.

Na seqüência, foram apresentadas as classificações e tipologias dos regulamentos. O critério de classificação utilizado foi a relação do regulamento com a lei, sem desprezar a distinção entre regulamentos administrativos e jurídicos. Mas, neste caso, exclusivamente para fundamentar uma maior exigência de participação dos administrados nos procedimentos de elaboração dos regulamentos, não para assegurar possibilidades normativas autônomas à Administração.

Na classificação proposta com critério na relação regulamento/lei, procuramos evidenciar que o regulamento autorizado, delegado ou habilitado é um tipo de regulamento executivo. O problema da distinção entre regulamentos executivos e habilitados refere-se à densidade normativa da regra de habilitação e não diretamente ao regulamento.

Assim, procuramos evidenciar as dificuldades de uma distinção clara e linear entre esses dois tipos de regulamentos, bem como os argumentos dos autores favoráveis e contrários ao acolhimento dos regulamentos habilitados em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Diante desse quadro, foram apontadas as razões pelas quais o debate ganha maior rentabilidade e operacionalidade quando se suspende a discussão acerca das possibilidades do regulamento habilitado, para se debater quais são os deveres mínimos do legislador ao atribuir uma competência normativa aos órgãos da Administração Pública.

Dessa forma, se se quiser admitir a existência, entre nós, de regulamentos delegados ou autorizados, é preciso, antes de tudo, definir tais deveres do legislador, ou seja, é preciso definir quais são as exigências da legalidade. Dessa forma, seria possível reconduzir esse tipo de regulamento à figura da execução da lei, compondo modalidade especial de regulamento executivo, isto é, um regulamento que decorre de uma expressa autorização legislativa com adequada densidade normativa.

Assim, se a complexidade da sociedade pós-moderna inviabiliza a pretensão de um Parlamento capaz de suprir todas as normas que essa sociedade demanda, não se deve, com fundamento nessa complexidade, dispensar todas as proteções do Estado de Direito. É preciso procurar formas de conciliar realidade e texto constitucional, e não fulminar um com fundamento noutro.

Bem por isso, procuramos refutar alguns dos principais argumentos que têm sido agitados a favor de uma atenuação ou dispensa das exigências da legalidade.

Nesse sentido, destacamos a inviabilidade de se fundamentar uma função regulamentar autônoma da Administração na neutralidade técnica, porque é justamente quando a questão não é nitidamente técnica que se justifica o regulamento.

Também abordamos a impossibilidade de, na atualidade, serem dispensadas as exigências da legalidade com amparo numa relação de supremacia especial: quando muito, ela justifica uma autocontenção do afã disciplinador da legislação.

Destacamos, enfim, o valor dos procedimentos participativos como forma de controle da atuação regulamentar da Administração. Não obstante constitua um excelente mecanismo de controle da atuação normativa da Administração, não é capaz de fundamentar uma atuação autônoma, justamente porque deve ser compreendido como a forma ordinária e usual dessa atuação. Logo, é incapaz de justificar atenuações ou dispensa das exigências da legalidade.

Já na última parte de nosso estudo, alinhamos as principais exigências da legalidade. Primeiro, foram destacados os pressupostos e as limitações da proposta. Quanto às limitações, a ênfase deve ser dada ao caráter residual da proposta, no sentido de que somente se aplica nos casos em que não se encontra na Constituição da República uma exigência de densidade total da lei formal e naqueles em que a matéria já não esteja previamente disciplinada por lei formal. Alertamos, inclusive, que a nossa Constituição não é econômica ao indicar tais exigências: elas são inúmeras.

Não obstante essa limitação, o estudo apresenta a vantagem de não diluir as exigências da legalidade numa multiplicidade de casos exemplares de exigência de reserva absoluta. Logo, bem funciona, em todos os casos, como um primeiro passo para averiguar a constitucionalidade de uma lei de habilitação para o exercício da função regulamentar.

Quanto aos pressupostos, procuramos destacar, em especial, dois pontos: *(i)* a necessidade de uma regra de competência subjetiva e *(ii)* a pertinência da matéria a ser regulada. Portanto, sem a regra de habilitação não há função regulamentar. Ademais, matérias alheias às funções ordinariamente exercidas pelo órgão administrativo não justificam o exercício da função regulamentar.

Enfim, foram apontadas as exigências mínimas da legalidade. Assim, são deveres do legislador ao atribuir uma função regulamentar:

*(i)* a indicação dos princípios jurídicos incidentes no domínio da realidade sobre o qual incidirá a regulamentação. Portanto, deve a lei precisar as normas básicas, fundamentais, com capacidade de irradiar-se sobre o conteúdo dos regulamentos, enfim, aquelas normas que



não poderiam ser de outra forma senão na de lei, segundo as prescrições de nosso ordenamento jurídico;

(ii) a enumeração das finalidades específicas de exercício da função regulamentar. A lei deve dar o vetor finalista específico da atuação, pois só assim o exercício da função regulamentar se ajusta à idéia de função, revelando seu caráter instrumental. Ademais, a indicação da finalidade viabilizará diversas formas de controle quanto à causa do ato regulamentar;

(iii) a prescrição das possíveis restrições aos direitos fundamentais. Em verdade, como destacado, a reserva de lei incide sobre qualquer tratamento normativo com influência sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, seja restritivo, seja concretizador;

(iv) a prescrição das possíveis sanções pela infringência dos regulamentos. A exigência aqui se refere a uma previsão suficientemente clara acerca da conduta a ser observada (infração), além da tipificação do conseqüente (sanção).

Como destacado logo de início, o tema do regulamento não aceita acomodação fácil em modelos teóricos. Não obstante as limitações de nosso estudo, esperamos ter alinhado argumentos suficientes para contribuir para o debate sobre o tema dos regulamentos delegados ou habilitados no ordenamento jurídico brasileiro.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

### *1. BIBLIOGRAFIA CITADA:*

- ACKERMAN, Bruce. The New separation of powers. *Harvard Law Review*. Cambridge, jan., 2000, vol. 113, n. 3, pp. 633-727.
- ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2000, 2ª tiragem, 2001, vol. 1.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Conceito e elementos do ato administrativo. *Revista de direito público*. São Paulo, nov.–dez., 1974, n. 32, pp. 36-42.
- . *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos tribunais*. São Paulo, out., 1960, vol. 300, pp. 7-37.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 221-269.
- ATALIBA, Geraldo. Poder regulamentar. Delegação de poderes. Previdência dos congressistas. Jurisdição administrativa [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, abr.–jun., 1970, n. 12, pp. 82-90. Emitido em abril de 1969.
- . Decreto regulamentar no sistema brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jul.–set., 1969, vol. 97, pp. 21-33.
- . Poder regulamentar do Executivo. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.–jun., 1981, ns. 57-58, pp. 184-208.
- . Delegação normativa (limites às competências do CMN e BACEN) [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, abr.–jun., 1991, n. 98, pp. 50-69. Emitido em 8.1.1990.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jan.–mar., 1999, vol. 215, pp. 151-79.
- . *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2004.

- . Princípios, teoria dos [verbetes]. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 657-61.
- BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da Administração. Tradução de Guilherme A. dos Anjos. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.-dez., 1954, vol. 38, pp. 40-65.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 11ª edição, 2001.
- BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Revista e atualizada por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 10ª edição, 1973, 7ª reimpressão, 2001, vol. I.
- . *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2ª reimpressão portuguesa da edição brasileira de 1977, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003, 2ª reimpressão.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4ª edición, 1990.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz et PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (org.). *Constitucionalismo e estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 369-416. Texto também publicado em ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 25-73.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos tribunais*. São Paulo, mar., 1965, vol. 353, pp. 14-26.
- . O procedimento administrativo e o procedimento judicial [parecer]. *Boletim dos procuradores da república*. Brasília, abril, 2002, ano IV, n. 48, pp. 10-5. Emitido em 8.4.2001.
- . *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição, 1978.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e direitos fundamentais. In: FIGUEIREDO, Marcelo et PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 217-32.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1953, 2ª edição, 2004, pp. 21-44. Originalmente publicado na *Revista forense*, Rio de Janeiro, 1948, vol. 116. Também disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 29.1.2007.
- . Ato administrativo sob forma de lei [parecer]. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1953, 2ª edição, 2004, pp. 45-58.
- . Poder regulamentar das autarquias [parecer]. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1953, 2ª edição, 2004, pp. 151-9.
- DIMOULIS, Dimitri et MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2ª edição, 2004, pp. 19-50.
- . Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 249-67.
- . Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo et PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 480-504.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. (título original [fr.] *Fondements de droit*). Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizado por Gustavo Binbenbajm. Rio de Janeiro: Forense, 7ª edição, 2005.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Viejas y nuevas ideas sobre el poder discrecional de la Administración y el control jurisdiccional de su ejercicio. *Revista interesse público*. Porto Alegre, mai.–jun., 2006, ano VIII, n. 37, pp. 173-87.
- FERRAZ, Sérgio. Regulamento. *In: 3 estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 105-26.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.–mar., 1982, n. 61, pp. 27-33.
- . Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo, nov.–dez., 2000, vol. 35, pp. 143-58.
- . *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2002, 4ª tiragem, 2005.
- . O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 271-97.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Estado de direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2004.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, abr.–jun., 2002, vol. 39, pp. 115-23.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas ediciones, 12ª edición, 2004, reimpresión, 2005, vol. 1.
- GASPARINI, Diógenes. *Poder regulamentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1982.
- . *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2005.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de derecho administrativo, Tomo 1, (parte geneneral), 7ª edición, e Tomo 3 (el acto administrativo), 6ª edición, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 2005.

- . Capacidade normativa de conjuntura [verbete]. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1973, vol. 13, pp. 48-50.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, jul.–set., 1995, ano 3, n. 12, pp. 84-115.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (título original [al.] *Reine rechtslehre*, 1960). Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª edição, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. (título original [al.] *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 1991). Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2005.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. (título original [al.] *Über die Verfassung*, 1863). Com base na trad. de Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª edição, 2001.
- LEAL, Victor Nunes. Lei e regulamento. In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 56-91. Originalmente publicado na *Revista de direito administrativo*, jan., 1945, vol. 1.
- . Delegações legislativas. In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 92-108. Originalmente publicado na *Revista de direito administrativo*, jul., 1946, vol. 5.
- LEITE, Luciano Ferreira. *O regulamento no direito brasileiro*. Tese de doutorado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Celso Antônio Bandeira de Mello, 1982.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2002, pp. 72-98.
- . *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, pp. 182-230.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. (título original [al.] *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, 2002). Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de direito público*. São Paulo, out.–dez., 1967, n. 2, pp. 44-61.
- . Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa: exame dos motivos ou pressupostos do ato — a noção de "causa" como requisito de legalidade [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, set.–out., 1974, n. 31, pp. 33-9. Emitido em 19.6.1974.
- . Discricionariedade administrativa e controle judicial. *Revista de direito público*. São Paulo, nov.–dez., 1974, n. 32, pp. 18-42.
- . Ato inexistente [parecer]. *Revista de direito público*. São Paulo, out.–dez., 1983, n. 68, pp. 101-5.
- . Desvio de poder. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.–mar., 1989, n. 89, pp. 24-36.
- . Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de direito público*. São Paulo, out.–dez., 1990, n. 96, pp. 42-50.
- . *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1993, 8ª tiragem, 2000.
- . *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1993, 6ª tiragem, 2003.
- . "Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1993, n. 4, pp. 71-8.
- . Regulamentação profissional – princípio da razoabilidade – desvio de poder [parecer]. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, abr.–jun., 1996, vol. 204, pp. 333-96. Emitido em 20.1.1994.
- . Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1998, n. 23, pp. 12-23.
- . *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 20ª edição, 2006.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2ª edição, 1979, vol. I.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 1999.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. *O espírito das leis* (título original [fr.]: *L'esprit des lois*, 1747). Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 3ª edição.

MOREIRA, Egon Bockman. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, pp. 160-99. Também publicado na *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 2003, n. 41, pp. 92-115.

———. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 173-220.

NUNES, Castro. Delegação de poderes. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jul.–set., 1951, vol. 25, pp. 1-10.

NUNES, Simone Lahorgue. *Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. Tradução de Edson L. M. Bini. Prefácio de Alaôr Caffé Alves. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica* (título original [fr.]: *Logique juridique*, 1978). Trad. de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 2ª edição.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo [1ª parte]. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.–dez., 1946, vol. 6, pp. 41-78.

———. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo [2ª parte]. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jan.–mar., 1947, vol. 7, pp. 52-80.



- . Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jul.–set., 1969, vol. 97, pp. 1-8.
- RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari et ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo (coord.). *As leis de processo administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 75-93.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Atualizada e anotada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2004.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1999, n. 25, pp. 43-55.
- . *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 54-89.
- ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Tradução de Edson L. M. Bini. Prefácio de Alaôr Caffé Alves. São Paulo: Quartier-Latin, 2004.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005.
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*. São Paulo, out.–dez., 1987, n. 84, pp. 46-63.
- . Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jan.–jun., 1990, vol. 179/180, pp. 51-92.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, verbetes "direito objetivo" e "habilitação", 2004, pp. 474 e 672.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 23ª edição, 2004.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*. São Paulo, abr., 2002, vol. 798, pp. 23-50.

- . Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, jan.–jul., 2003, vol. 1, pp. 607-30.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Librairie Sirey, 1954.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de direito público*. São Paulo, out.–dez., 1987, n. 84, pp. 64-74.
- . Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos — limites da lei e do decreto regulamentar. *Revista de direito público*. São Paulo, jan.–mar., 1991, n. 97, pp. 43-52.
- . *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, 3ª tiragem, 2003.
- . Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2002, pp. 17-38.
- TÁCITO, Caio. As delegações legislativas e o poder regulamentar. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, pp. 507-10. Originalmente publicado na *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, out.–dez., 1953, vol. 34.
- . Lei e regulamento. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, pp. 477-80. Originalmente publicado nos *Arquivos do Ministério da Justiça*, 1956, vol. 59.
- . Comissão de valores mobiliários. Poder regulamentar [parecer]. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 2, pp. 1.075-93. Originalmente publicado na *Revista da CVM*, abr.–jun., 1986.
- . O desvio de poder no controle de atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, abr.–jun., 1992, vol. 188, pp. 1-13.
- . O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.–dez., 1995, vol. 202, pp. 1-10.
- . O princípio da legalidade: ponto e contraponto. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, pp. 337-348. Originalmente publicado na *Revista de direito administrativo*, out.–dez., 1996, vol. 206.

- . Transformações no Direito Administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, NDJ, fev., 1999, pp. 82-6.
- . Agências reguladoras da administração. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, jul.–set., 2000, vol. 221, pp. 1-5.
- TALAMINI, Daniele Coutinho. Regulamento e ato administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, 1998, n. 21, pp. 65-88.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2003.
- . CNJ: Conselho Nacional de Justiça ou Congresso Nacional de Justiça. *Boletim Informativo IBEC*. n. 1, jan.–mar., de 2006, pp. 29-32. Disponível no sítio: <<http://www.ibec.inf.br/article/archive/17/>>. Acesso em: 22.5.2006.
- TURCZYN, Sidnei. *O sistema financeiro nacional e a regulação bancária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WALD, Arnold. Novas tendências do direito administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, out.–dez., 1995, vol. 202, pp. 43-7.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo, 2ª edição, 1993, 3ª tiragem, 2001.

## 2. BIBLIOGRAFIA DE REFERÊNCIA CONSULTADA:

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Norma brasileira ABNT NBR 14724. Informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação*, 2005.
- ALMEIDA, Napoleão Mendes de. *Dicionário de questões vernáculas*. São Paulo: Ática, 4ª edição, 2001.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese* (título original [it.]: *Come si fa una tesi di laurea*, 1977). Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2005.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Régua e compasso (ou metodologia para um trabalho jurídico sensato)*. Cópia do autor, 200?.
- MARÍAS, Julian. *História da filosofia* (título original [esp.]: *Historia de la filosofía*, 1941). Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MARTINS FILHO, Eduardo Lopes. *Manual de redação e estilo de 'O Estado de S. Paulo'*. São Paulo: jornal O Estado de S. Paulo, 3ª edição, 1997.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinariedade* (2003). Disponível em: <<http://www.edesp.edu.br/>>. Acesso em: 25.8.2004.
- . *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Material do curso de teoria do direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, ago.–dez., 2004.
- NOBRE, Marcos Severino. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos direito GV*. São Paulo: EDESP/FGV, 2004.
- OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurabi!:* a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Material do curso de metodologia de ensino e pesquisa jurídica da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, ago.–dez., 2004.
- UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HENARES. *Señas: Diccionario para la enseñanza de la lengua española para brasileños*. Trad. Claudia Berliner, Eduardo Brandão e Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição, 2001, reimpressão, 2006.
- UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *Cambridge international dictionary of English*. London: Cambridge University press, 1995, 4ª reimpressão, 2001.

### 3. NOTÍCIAS JORNALÍSTICAS:

- ASTRÔNOMOS decidem que Plutão não é mais planeta. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 25.8.2006, Caderno Ciência, p. A-20.

CONSTITUIÇÃO 15 anos. *O Globo*, Suplemento Especial Constituição Cidadã, Rio de Janeiro, 10.7.2003, pp. 2-3.

EXECUTIVO define agenda legislativa do Congresso. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 28.9.2006, caderno Congresso Eleições 2006, p. 2.

JOBIM diz que pedido de renúncia é 'loucura'. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 6.11.2003, caderno Brasil, p. A-9.

SISTEMA solar pode ficar com 12 planetas. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 16.8.2006, Caderno Ciência, p. A-14.

## **ÍNDICE:**

<b>SUMÁRIO</b> .....	<b>VIII</b>
<b>PARTE 1: OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA LEGALIDADE</b> .....	<b>1</b>
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
1.1. <i>ESCLARECIMENTO PRELIMINAR NECESSÁRIO: O QUE É UM PRINCÍPIO JURÍDICO?</i> .....	10
<b>2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	<b>15</b>
2.1. <i>A SEPARAÇÃO DE PODERES E MONTESQUIEU</i> .....	15
2.2. <i>PODERES SEPARADOS, MAS NÃO ISOLADOS: EQUILÍBRIO E HARMONIA ENTRE OS PODERES</i> .....	18
2.3. <i>PROPOSTA DE DEFINIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</i> .....	20
2.4. <i>VEDAÇÃO À DELEGAÇÃO DE FUNÇÕES</i> .....	27
2.5. <i>O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA PELO LEGISLATIVO E PELO JUDICIÁRIO</i> .....	30
2.6. <i>AS AGÊNCIAS REGULADORAS SÃO EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?</i> .....	31
2.7. <i>CONSEQÜÊNCIAS DA SEPARAÇÃO DE PODERES</i> .....	38
<b>3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>40</b>
3.1. <i>ESTADO DE DIREITO: LEGALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES</i> ... ..	40
3.2. <i>A LEGALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO ADMINISTRADO</i> .....	41
3.3. <i>A LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</i> .....	45
3.4. <i>BLOCO DE LEGALIDADE: A LEGALIDADE E A JURIDICIDADE</i> .....	52
3.5. <i>CONSEQÜÊNCIAS DA LEGALIDADE</i> .....	58
3.6. <i>AS CRÍTICAS À LEGALIDADE</i> .....	59

<b>PARTE 2: A LEI, O REGULAMENTO, O ATO ADMINISTRATIVO E AS EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE.</b> .....	<b>65</b>
<b>1. SENTIDOS DA PALAVRA LEI.</b> .....	<b>65</b>
1.1. SENTIDO FORMAL E MATERIAL DA PALAVRA LEI. ....	66
1.2. CONTEÚDO DA LEI: ATO ADMINISTRATIVO NA FORMA DE LEI. ....	67
1.3. PRINCÍPIOS QUE PRESIDEM A RELAÇÃO ENTRE LEI E REGULAMENTO. ....	72
1.3.1. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA LEI. ....	72
1.3.2. PRINCÍPIO DA RESERVA MATERIAL E FORMAL DA LEI. ....	74
1.4. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE A LEI E O REGULAMENTO. ....	76
1.4.1. "Os REGULAMENTOS CRIAM DIREITO"? .....	77
1.4.2. O REGULAMENTO NÃO É NORMA INTERPRETATIVA AUTÊNTICA. ....	83
<b>2. A DISTINÇÃO ENTRE REGULAMENTOS E ATOS ADMINISTRATIVOS.</b> ...	<b>89</b>
2.1. FUNÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS. ....	89
2.2. DIFICULDADES DECORRENTES DA INDIFERENCIAÇÃO. ....	92
2.3. NOTAS DISTINTIVAS ENTRE REGULAMENTO E ATO ADMINISTRATIVO. ....	96
2.3.1 PRINCÍPIO DA INDERROGABILIDADE SINGULAR DOS ATOS REGULAMENTARES. ....	114
<b>3. CONCEITO DE REGULAMENTO</b> .....	<b>118</b>
3.1. DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO REGULAMENTAR. ....	118
3.1.1. FUNDAMENTOS DA FUNÇÃO REGULAMENTAR. ....	119
3.2. O REGULAMENTO COMO NORMA OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO. .	128
3.3. CLASSIFICAÇÃO E TIPOLOGIA DOS REGULAMENTOS. ....	136
3.3.1. REGULAMENTOS DE EXECUÇÃO. ....	137
3.3.2. REGULAMENTOS INDEPENDENTES OU AUTÔNOMOS. ....	139
3.3.3. REGULAMENTOS DE NECESSIDADE. ....	144
3.3.4. REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS E REGULAMENTOS JURÍDICOS. ....	145
3.3.5. REGULAMENTOS DELEGADOS, AUTORIZADOS OU HABILITADOS. ....	147
<b>4. LIMITES À FUNÇÃO REGULAMENTAR.</b> .....	<b>162</b>
4.1. ATENUAÇÕES ÀS EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE?. ....	162

4.1.1. REGULAMENTOS E DISCRICIONARIEDADE: A CHAMADA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA.....	162
4.1.2. REGULAMENTOS E SUPREMACIA ESPECIAL.....	171
4.1.3. REGULAMENTOS E PROCEDIMENTOS DE LEGITIMAÇÃO.....	173
4.2. LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS À FUNÇÃO REGULAMENTAR: AS EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE.....	180
4.2.1. PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	184
4.2.2. FINALIDADES DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO.....	189
4.2.3. RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	200
4.2.4. SANÇÕES PELA INFRINGÊNCIA DE REGULAMENTOS.....	207
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>213</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>217</b>
1. BIBLIOGRAFIA CITADA.....	217
2. BIBLIOGRAFIA DE REFERÊNCIA CONSULTADA.....	226
3. NOTÍCIAS JORNALÍSTICAS.....	227



# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)