

Lei e regulamento: apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Doutorando e Mestre em Direito do Estado; Juiz de Direito em São Paulo

1 Introdução. 2 Debate sobre o exercício de competências estatais no regime da Constituição de 1937. 3 O poder normativo do Estado e a separação de Poderes. 4 O processo de criação e/ou aplicação do Direito pela Administração. 5 Lei e regulamento. 6 Do princípio da legalidade: a questão da formação da vontade estatal. 7 Lei e regulamento (continuação): regulamentos executivos e autônomos. 8 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Há intenso debate na doutrina e nos Tribunais acerca da existência de regulamentos autônomos no nosso sistema jurídico.

O exercício do poder regulamentar pela Administração é visto tradicionalmente como limitado a detalhar comandos legais.

Assim, nas situações em que admitida essa faceta do poder normativo estatal, tal competência estaria estritamente subordinada à lei, nunca podendo extrapolar seus termos.

Aos regulamentos executivos, expedidos para a “fiel execução das leis”, contrapõem-se os regulamentos expedidos sem base legal expressa, no desenvolvimento de competências estatais constitucionalmente estabelecidas para a tutela dos mais diversos bens jurídicos.

Para enfrentarmos a questão da possibilidade, bem como de eventuais limites do poder regulamentar, é necessária a reflexão sobre os fundamentos do poder normativo a cargo do Executivo e de seu papel para a correta concepção da separação de Poderes entre os órgãos estatais.

Além disso, debruçar-nos-emos sobre o processo de concretização da Constituição e das leis pela Administração, discorrendo sobre a viabilidade da ideia de expedição de atos administrativos como resultado de uma aplicação mecânica e irrefletida da lei.

A partir de considerações sobre esses pontos fundamentais, trataremos da relação devida, da possível e da existente entre lei e regulamento em nosso sistema.

Nosso ensaio tem como primeira inspiração os capítulos II e III da obra *Problemas de Direito Público*, de Victor Nunes Leal, cuja discussão sobre o tema, feita sob a ótica do peculiar regime político inaugurado com a Constituição de 1937,¹ continua atual.

2 DEBATE SOBRE O EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIAS ESTATAIS NO REGIME DA CONSTITUIÇÃO DE 1937

Victor Nunes Leal estuda a organização do Estado advinda da Constituição de 1937, cujo texto expressamente não só admitia a delegação de poderes entre Legislativo e Executivo² como, com nítida matiz autoritária, permitia ao Presidente editar decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa do Parlamento enquanto este permanecesse em inatividade.³

1. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.

2. Enquanto no regime da Constituição de 1934 as delegações legislativas entre os órgãos estatais eram expressamente vedadas (“Art. 3º São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”), o art. 12 da Carta de 1937 previa a possibilidade de o Parlamento conferir ao Executivo poder de disciplinar matéria de sua competência via decretos-leis (“Art. 12. O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização”).

3. Art. 180 da CR/1937: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Para que não restasse nenhuma dúvida sobre o desenho autoritário do chamado Estado Novo, além da referida disposição, o art. 13 da Carta também previa que “o Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União”, com pouquíssimas exceções previstas nos incisos de tal dispositivo, dentre as quais, sintomaticamente, não estava a disciplina dos direitos fundamentais.

Se tanto não bastasse para a hipertrofia da presidência do Estado Novo, o art. 11 da Carta de 1937 ainda estabelecia um amplo alcance ao poder normativo do Executivo, ao prescrever que as leis de iniciativa do Legislativo deveriam se restringir à disciplina dos elementos fundamentais das matérias tratadas, deixando-se para o regulamento a tarefa de “complementar” tais diplomas.⁴

Neste contexto extravagante de atribuição a um único órgão (titularizado por uma pessoa) de larga competência para edição de atos gerais e abstratos (decretos – leis e regulamentos), Leal (1960) buscou traçar a diferenciação entre as duas espécies normativas, dado imprescindível para a reflexão sobre a extensão do poder normativo admissível, em um Estado de Direito,⁵ ao Chefe de Governo.

3 O PODER NORMATIVO DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O poder normativo do Estado é uno, devendo ser exercido por seus diversos órgãos, preponderantemente pelo Poder Legislativo.

Podemos definir o poder normativo como aquele dirigido à produção de normas jurídicas, as quais correspondem a sentidos de dever-ser extraídos de textos com força cogente em nosso sistema.

Desses textos, destacam-se os que resultam da realização da função legislativa, de atribuição do Parlamento, ao qual incumbe, segundo procedimento formal previamente disciplinado, editar leis.

As leis, como fruto de um trabalho refletido por parte de representantes do povo, são a principal fonte

de direitos e obrigações nas sociedades modernas de inspiração democrática.

Por quê?

Embora não exista um modelo único e acabado de democracia, algumas características são comuns na organização política de Estados constitucionais resultantes do processo de consolidação de direitos fundamentais experimentado ao longo dos séculos pelo povo europeu e que paulatinamente foi se difundindo por boa parte do globo.

A ideia de que a razão de ser do Estado é a tutela de direitos do homem e que, para tanto, é imprescindível a contenção do próprio poder, não é nova (MEDAUAR, 2003, p. 152-153; FERREIRA FILHO, 2009, p. 134-136).

Todavia, tal concepção só veio a efetivamente se afirmar nas democracias ocidentais a partir do séc. 18, como resultado de movimentos intelectuais e políticos que culminaram, em especial, na Revolução Francesa.

Na Declaração de Direitos de 1789, restou expressamente consignado não só o papel fundamental da lei, como expressão da vontade geral, para a limitação dos direitos dos indivíduos,⁶ como que se entendia por sem Constituição o Estado que não assegurasse a proteção dos direitos fundamentais e a separação de Poderes.⁷

No que diz respeito especificamente à separação de Poderes, a defesa da ideia em um momento de reação ao absolutismo levou muitos a entenderem esta como uma divisão estanque das atribuições das funções legislativa, executiva e judicial a diferentes órgãos do Estado.

4. “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”. Tal competência regulamentar era prevista pela Carta de 1937 ao lado daquela já tradicional em nosso Direito quanto à edição de decretos para a “execução” da lei (art. 74, al. a, CR/1937).

5. Sobre as feições bem particulares do Estado previstas pela Constituição de 1937 ainda vale ressaltar a existência de dispositivo que limitava a garantia da inafastabilidade da jurisdição (“Art. 94. É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”), além de o controle de constitucionalidade das leis pelo STF ter a última palavra dada pelo Legislativo (Parágrafo único do art. 96: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”). A iniciativa do processo legislativo ainda cabia, em princípio, ao governo, sendo obstada ao parlamentar individualmente (art. 64).

6. Art. IV A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro: assim, o exercício de direitos naturais de cada homem não conhece limites senão aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. **Esses limites só podem ser determinados pela lei.** No original: “Article IV La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. **Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi**” (grifo nosso). Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>>. Acesso em: 20 maio 2015.

7. Art. XVI Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não seja assegurada, nem a separação de Poderes, não tem Constituição. No original: “Article XVI Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>>. Acesso em: 20 maio 2015.

Contudo, mesmo da obra clássica de Montesquieu sobre o tema, apesar do alerta inequívoco do pensador quanto aos efeitos perniciosos da concentração das competências estatais nas mãos de uma mesma pessoa (MONTESQUIEU, 1995, p. 328),⁸ não se extrai exatamente essa drástica consequência, que não obstante passou a ser repetida por muitos de seus intérpretes (GRAU, 2002, p. 226 e ss.; FERREIRA FILHO, 2009, p. 136-137).

Sobretudo em um Estado de feição social, e não singelamente liberal, como o nosso, o desenho constitucional de um vasto número de competências atende não só a uma finalidade de garantia do cidadão, como tem por propósito envolver as diversas unidades de atuação do Poder Público na perseguição de certos objetivos tendentes à construção de uma sociedade mais justa, ampliando as chances de cada um se realizar como ser humano por seus próprios méritos, independentemente da fortuna de suas famílias.

Para atingir tal intento, os deveres-poderes previstos pela Carta Fundamental são distribuídos entre diferentes órgãos estatais, aos quais incumbem preponderantemente determinadas missões, que, no mais das vezes, são compartilhadas em alguma medida entre diversas autoridades, em um sistema de pesos e contrapesos preordenado à contenção de excessos.

Preponderância não significa exclusividade, de modo que o bom desempenho das funções estatais, que na nossa democracia vão muito além da tutela de direitos individuais, depende da coordenação e colaboração entre os órgãos responsáveis pela produção e pela aplicação de textos normativos (MEDAUAR, 2003, p. 120-121).

Nesse sentido, não há nenhuma novidade em se afirmar que se observam manifestações das funções legislativa e judicial no âmbito do Executivo,⁹

8. Destacamos passagem: “tudo estaria perdido se um mesmo homem, ou corpo de funcionários, ou de nobres, ou do povo, exerçam esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou querelas entre particulares”.

9. Considerando a função jurisdicional do Estado como a de aplicação da lei (e do Direito) para a solução de controvérsias, impossível ignorar sua semelhança com sua função executiva, que seria a de utilização destes mesmos parâmetros para o desenvolvimento das competências que são atribuídas ao governo pela Constituição. De qualquer forma, no âmbito do próprio Executivo há unidades de atuação encarregadas de tal tarefa,

segundo as tarefas que lhe são determinadas pela Constituição e pelas leis.

A própria Carta de 1988,¹⁰ além do poder normativo próprio do governo quanto à expedição de regulamentos,¹¹ ainda prevê a possibilidade de lhe ser delegado poder legislativo (entendido este como o de produzir lei em sentido formal), desde que atendidos os requisitos da autorização respectiva (art. 68 da CF/1988),¹² sem falar na adoção das medidas provisórias (art. 62 da CF/1988),¹³ cujo uso indiscriminado acaba pondo em xeque a atividade precípua do Parlamento.

como repartições responsáveis pela análise de pedidos de indenização formulados por particulares ou apuração de faltas funcionais de servidores, sem falar na ampla capacidade legalmente conferida a agências reguladoras para resolver impasses nos setores regulados. Sobre a competência normativa de tais entidades, cuja importância para disciplinar matérias técnicas (e às vezes efêmeras) é crescente, haja vista a inadequação da demora própria do processo legislativo no âmbito do Parlamento para tanto, confira-se SCHIRATO, 2008, p. 469-538.

10. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

11. Além do inc. V do art. 49 da CF/1988, que dispõe sobre a competência exclusiva do Congresso para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, o art. 84 da CF/1988 tem a seguinte redação: “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 órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (Redação dada pela EC nº 32/2001).

12. “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 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, 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 [...]” (grifo nosso).

13. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III – reservada a lei complementar; IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República” (Redação dada pela EC nº 32/2001). Note-se que, enquanto para a produção de lei delegada é prevista restrição quanto à disciplina de direitos individuais (inc. II, § 1º, do art. 68, da CF/1988), esta não está presente para a edição de medidas provisórias, instrumento potencialmente mais lesivo à esfera de liberdade do cidadão, já que seu uso prescinde de qualquer autorização prévia conferida pelos parlamentares.

4 O PROCESSO DE CRIAÇÃO E/OU APLICAÇÃO DO DIREITO PELA ADMINISTRAÇÃO

Tomando por base as competências estabelecidas na Carta Política, os órgãos de poder deverão desempenhar suas funções criando ou aplicando as leis e o Direito.

Como exposto por Hans Kelsen (1998, p. 260-263), o funcionamento da ordem jurídica sob o prisma dinâmico se dá por um processo sucessivo de aplicação e criação do Direito, de modo que toda etapa de emprego de uma norma corresponde à implementação de um comando superior e à produção de um inferior.¹⁴

Cada ato/decisão de concretização do nosso sistema se dá a partir de uma habilitação válida conferida ao agente por uma lei, a qual, por sua vez, tem seu fundamento de validade na Constituição.

As regras que regulam a produção legítima do Direito são de dois tipos: as de competência e as de conduta.

As prescrições de competência determinam qual é o órgão apto a decidir e eventual procedimento a ser seguido para emissão de manifestação hígida.

No que se refere ao conteúdo, há limites materiais no exercício da função, os quais cerceiam a liberdade do agente quanto ao teor do comando a ser emanado.

Esse comando pode ser caracterizado pelas notas da abstração e generalidade ou de concreção e individualidade.

Diz-se que um comando é genérico quando este se dirige a uma pluralidade indeterminada de pessoas e abstrato quando tem por objeto uma situação-tipo, que não se esgota com uma única ocorrência, sendo passível de repetição ao longo do tempo.

As ordens individuais e concretas, por sua vez, são definidas por exclusão: dirigem-se a uma pessoa certa ou grupo, bem como disciplinam um evento único, devidamente determinado no tempo e no espaço.

Em princípio, é possível a uma autoridade lotada em quaisquer dos órgãos do Estado a expedição de

comandos genéricos e abstratos ou individuais e concretos, desde que devidamente habilitada para tanto, segundo a regra de competência respectiva.

No âmbito da Administração, os primeiros são chamados de regulamentos¹⁵ e os segundos de atos administrativos.¹⁶

De qualquer forma, sejam atos individuais e concretos ou gerais e abstratos, a sua produção pela autoridade necessariamente acarreta algum nível de inovação no ordenamento, até porque, para simplesmente se repetir algum conteúdo previamente estabelecido, tais manifestações seriam de utilidade duvidosa.

5 LEI E REGULAMENTO

A competência estatal de produzir textos normativos, ou seja, atos gerais e abstratos com base nos quais os intérpretes extraem significados vinculantes, é exercida preponderantemente pelo órgão legislativo, ao qual incumbe, pela Constituição, o dever-poder de editar leis.

O Parlamento, reunindo os representantes do povo, é o espaço adequado para discussões plurais acerca das matérias sensíveis à população, sendo da lógica própria do processo que ocorre em suas Casas a existência de controles prévios (comissões temáticas) e, *a posteriori* (sanção do Executivo), do conteúdo submetido à sua deliberação.

Além de tais controles, a aprovação de temas polêmicos pelo Legislativo, dada sua composição por pessoas aptas a diferentes correntes ideológicas, tende a ser resultado de um compromisso, contem-

15. Entendemos que os regulamentos seriam textos normativos de alcance geral e dotados de abstração em seu conteúdo, que corresponderiam a um suporte utilizado para a produção de normas pelos intérpretes. Importante a definição de como usamos os vocábulos, já que não há uniformidade no seu emprego na doutrina. Para Diogo Amaral (2010, p. 171), por exemplo, os atos gerais e abstratos seriam normas, enquanto, para nós, a norma, como um significado cogente, é um produto da interpretação pelo operador do Direito (GRAU, 2002, p. 207). Destaca-se passagem do autor em que este trata da diferença entre regulamentos e atos administrativos: “tanto o regulamento como o ato administrativo são comandos jurídicos unilaterais emitidos por um órgão competente no exercício de um poder público de autoridade: mas o regulamento, como norma jurídica que é, é uma regra geral e abstrata, ao passo que o ato administrativo, como ato jurídico que é, é uma decisão individual e concreta”.

16. Embora não seja pertinente a este estudo tecer mais considerações a respeito, fica a notícia da dificuldade apontada pela doutrina para a classificação como textos normativos ou atos quando se está diante de atos gerais e concretos, bem como individuais e abstratos (AMARAL, 2010, p. 171-172).

14. Segundo o autor (KELSEN, 1998, p. 262), apenas dois atos fogem dessa regra: o da promulgação da primeira Constituição histórica e o ato material executório de uma norma jurídica.

plando um número maior de interesses e expectativas do que aqueles que seriam levados em conta caso a escolha política coubesse exclusivamente a um agente (ou a membros de um único partido).

As decisões mais relevantes sob o prisma direitos e deveres dos cidadãos devem ser objeto de leis em sentido formal, resultado do processo legislativo rígido previsto na Carta Magna, o que corresponde a uma garantia dos indivíduos.

Todavia, o poder normativo do Estado não se resume ao produto da atividade do Parlamento.

Os outros órgãos de poder também possuem, no exercício das missões que lhe são outorgadas pela Lei Fundamental, competência mais ou menos ampla para produção de atos gerais e abstratos que, em alguma medida, vinculam não só seus membros como também os privados.

Os textos normativos de alcance genérico produzidos pelo Executivo e Judiciário, contudo, são subordinados àqueles produzidos pelo Legislativo.

Embora todos esses atos de poder, realizados em um processo de concretização da Constituição, sejam dotados de força normativa, podendo, assim, ser considerados como lei em sentido material, há uma distinção qualitativa entre eles.

Os regulamentos, enquanto fonte do Direito, em regra, estão em nível inferior à lei em sentido formal, fruto da atividade parlamentar.¹⁷

Nestes termos, se determinada disposição regulamentar está em descompasso com uma previsão legal sobre o mesmo tema, tem-se que aquela é inválida, prevalecendo o comando oriundo do Legislativo.

Um problema que se coloca é a possibilidade de um mesmo órgão ter constitucionalmente competência para expedir tanto leis (em sentido formal) como regulamentos.

17. Isso dada a ampla competência conferida pela Constituição para o Parlamento disciplinar as matérias relevantes ao bem comum, aliada ao papel conferido aos atos normativos expedidos no uso da autorização prevista pelo inc. IV do art. 84 da CF/1988, com exceção do que se convencionou chamar entre nós de “reserva de regulamento”, decorrente da atribuição conferida ao Executivo para regular a organização e funcionamento da Administração Federal, desde que observadas as condições previstas no inc. VI do art. 84 da CF/1988 (as redações dos dispositivos ora mencionados já foram transcritas em nota anterior). Ainda desenvolveremos um pouco mais o tema ao tratarmos da diferença entre regulamentos autônomos e de execução.

Nessa situação, um regulamento, emitido pela mesma autoridade apta a disciplinar um assunto por lei, poderia revogar o comando legal?

A hipótese, que à primeira vista causa algum estranhamento, já foi vivenciada em nosso País sob a ordem jurídica decorrente da Constituição de 1937.

Nesta, como já fizemos referência linhas acima, o Executivo tinha larga competência legislativa enquanto fechado o Parlamento, inclusive no que se refere a emendar a Constituição.

Contudo, da mesma forma que um ato administrativo contrário a um regulamento não tem o condão de revogá-lo, apesar de um mesmo agente poder ter habilitação para a prática dos dois atos, um regulamento não poderia revogar a lei em condições análogas.

A solução do impasse passa pela identificação de qual competência é usada pela autoridade para a decisão, dado que determinará a hierarquia da respectiva fonte no sistema de normas (LEAL, 1960, p. 71-72).

Diz-se ainda que apenas a lei em sentido formal tem a aptidão para inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações ao particular (LEAL, 1960, p. 86-87; MELLO, 2007, p. 373-377; CAMPOS, 1965, p. 376).

Será?

6 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A QUESTÃO DA FORMAÇÃO DA VONTADE ESTATAL

Em sendo o Estado um ente ideal, este não tem vontade psíquica própria, mas, sim, uma vontade formada e manifestada nos moldes do que prevê a lei e o Direito (ALMEIDA, 2012, p. 112).

Assim, para que o agir da organização política seja legítimo, é necessário que pessoas físicas titulares de órgãos administrativos, atuando no âmbito da competência que lhes é atribuída pelo ordenamento, concretizem os comandos normativos previstos na Constituição e nas leis.

Como já ressaltamos ao tratarmos da aplicação/ criação do Direito pela Administração, este processo que caminha do abstrato ao concreto não se dá de forma mecânica e irrefletida, por meio de singelos juízos de subsunção, em observância cega da lei.

Cada etapa da realização da ordem jurídica que parte da Constituição em direção à emissão de uma ordem individual situada no tempo/espaço, passando pela lei e pelo regulamento, é permeada por interpretação e escolhas a cargo dos agentes públicos.

A cada degrau, algo se incorpora ao que já estava expresso na fase anterior.

Apesar dessa realidade, a concepção de que a Administração só faz o que a lei determina (legalidade estrita) ainda é defendida por muitos como a ideia que melhor define o sentido da lei para o Poder Público.

Por trás desse ideal, de louvável inspiração garantista dos direitos individuais, está a insuficiência de tal teoria para explicar o efetivo papel da lei (em sentido material) na vida das repartições públicas.

Destacamos três motivos para tanto:

Ainda que o parâmetro para atuação da Administração fosse só a lei oriunda do Parlamento, pela dinâmica inerente ao processo de sua aplicação, só em um número muito restrito de situações seria possível falar em uma completa vinculação do ato administrativo ao texto legal (GIANNINI, 1993, p. 87-88; JUST, 2012, p. 36), isso já se admitindo as tradicionais válvulas de escape de tal doutrina, como a discricionariedade e o emprego de conceitos jurídicos indeterminados.

As atividades que compõem a função administrativa não são todas de uma mesma natureza, de modo que inadequado se falar em uma idêntica relação ato/lei, seja para manifestações de vontade unilateral do Estado com sujeição do cidadão, seja para a celebração de contratos de colaboração com privados (CASSESE, 2009, p. 10-12).

Finalmente, e não menos importante, tem-se que, como já pontuado anteriormente, o “bloco de legalidade” que pauta a conduta da Administração não é só a lei em sentido formal, mas o Direito como um todo, incluindo a Constituição e os princípios que regem nosso ordenamento (ARAGÃO, 2012, p. 57-59; MEDAUAR, 2003, p. 149; GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2008, p. 445; BINENBOJM, 2008, p. 208 e ss.).

Logo, a partir do entendimento de vinculação do Poder Público à juridicidade, como é possível conceber a função administrativa como de singela execução da lei parlamentar?

7 LEI E REGULAMENTO (CONTINUAÇÃO): REGULAMENTOS EXECUTIVOS E AUTÔNOMOS

Os regulamentos executivos são aqueles expedidos nos termos do que prevê a parte final do inc. IV do art. 84 da CF/1988, destinando-se à “fiel execução das leis”, ao passo que os autônomos seriam os editados sem amparo legal, no exercício de competência constitucionalmente atribuída à autoridade.

Entre nós, a única modalidade de regulamento autônomo que vinha sendo admitida era a prevista no inc. VI, al. *a*, do art. 84 da CF/1988, que trata da organização e funcionamento da Administração Federal.¹⁸

Assim, para encerrarmos nossas reflexões sobre leis e regulamentos, cabe tecer alguns comentários sobre o que significa “fiel execução da lei”, comando que, se atendido, autoriza o exercício do poder regulamentar pelo Executivo.

Ao contrário do que ocorre em outros países, em nosso sistema jurídico não há matérias vedadas à lei.

Assim, entre nós, em princípio pode ser promulgada uma lei para tratar de qualquer assunto, reservando-se ao regulamento a função de possibilitar a aplicação do comando legal.

Na linha do já exposto, mesmo um regulamento expedido para, com fidelidade, possibilitar o cumprimento da lei, resulta de um processo de criação que necessariamente traz inovação ao ordenamento jurídico, embora esta seja limitada à observância das demais prescrições que lhe são superiores.

Logo, não são poucas as dificuldades que se apresentam para o intérprete quando chamado a decidir se, no desempenho do poder regulamentar, o Executivo extrapolou a autorização constitucional em questão.

Não nos parece pertinente simplesmente repelir qualquer regulamento sob o exclusivo fundamento de que este cria direitos e obrigações não previstos expressamente em lei.

Tendo em vista que a função regulamentar implica tanto o desdobramento do texto legal como

18. Usamos a oração no passado, já que a atuação do Conselho Nacional de Justiça corresponde hoje a um exemplo de exercício regulamentar que extrai sua competência diretamente da Constituição sem a intermediação legal.

dos princípios nele contidos (ZANOBINI, 1955, p. 212; JUSTEN FILHO, 2010, p. 161), não raramente esta repercutirá na esfera de liberdade e propriedade dos cidadãos, de modo que muitas vezes passa a ser estéril a discussão sobre se tal repercussão é possível, já que inevitável.

Note-se que não é incomum as leis delegarem poderes normativos expressos a órgãos do Executivo, em especial em matéria técnica e sujeita a alterações, para as quais a disciplina, por meio do demorado processo legislativo, não se mostra adequada.¹⁹

Tais regulamentos, produzidos em cumprimento de comando legal, também são conhecidos como delegados e geralmente dotam a autoridade de ampla margem de liberdade para a escolha dos meios necessários à satisfação do fim previsto na respectiva regra de competência.

Nesses casos, pensamos que seriam mais produtivos os esforços no sentido de se aperfeiçoar os procedimentos previstos para edição do comando (com a obrigatoriedade de realização de consultas ou audiências públicas, por exemplo)²⁰ do que simplesmente rejeitar a possibilidade de sua edição em nome de uma suposta invasão de competência do Parlamento que, tendo sido justamente transferida por este, é difícil de se sustentar.

19. Sobre o tema, vale a menção ao poder normativo atribuído por leis às agências reguladoras. No caso da Anatel, por exemplo, inc. X do art. 19 da Lei nº 9.472/1997 prevê o seguinte: “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] X – expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”.

20. Da mesma forma que a edição de uma lei pelo Parlamento tem que respeitar determinadas condicionantes, muitas das quais dirigidas à obtenção de um texto mais equilibrado e refletido (como análise em comissões temáticas e debates em Plenário), nos parece que com maior razão deve ser disciplinado um *iter* a ser seguido pela produção de regras pela Administração, as quais, não sendo votadas, ainda representam um risco maior de constrangimento desarrazoado de direitos individuais. A necessidade de observância de procedimentos específicos como pressuposto para a edição de um ato normativo por parte do Executivo é tema bastante desenvolvido no Direito americano, encontrando previsão expressa na APA – Administrative Procedural Act, de 1946, o qual prevê dois modos para a concretização do *rulemaking* por uma agência (Seção 553 – informal, Seções 556 e 557 – formal). Na modalidade em que os requisitos são menos rígidos (Seção 553), pelo menos a publicação da minuta de regra e a abertura de possibilidade de contribuição por parte de interessados é devida. No procedimento mais elaborado (Seções 556 e 557), que se assemelha ao de um processo judicial, pode haver até mesmo a colhida de prova testemunhal. Sobre o tema, confira-se MASHAW; MERRILL; SHANE, 1992, p. 432 e ss.

Além disso, aceitando-se o inexorável, caberia à doutrina uma maior atenção quanto aos limites em que admissível o poder regulamentar, seja exigindo-se uma maior densidade normativa no ato de delegação (como indicação de finalidade específica e conteúdo mínimo), seja admitindo amplo controle jurisdicional até mesmo de aspectos do mérito da decisão adotada (inclusive sob o prisma da proporcionalidade), para fins de tutela efetiva de direitos individuais potencialmente lesados.

Sem prejuízo, é importante ter em mente que, conforme já apontado, a competência regulamentar do Executivo ainda está sujeita à fiscalização do Legislativo quanto à sua circunscrição à órbita que entre nós é própria à edição de tal espécie normativa (inc. V do art. 49 da CF/1988), bem como não exclui a competência de o Parlamento disciplinar diversamente determinada matéria via edição de lei em sentido formal.

Dessa forma, além do controle por parte do Judiciário contra regulamentos que comprimam desnecessariamente o espaço de liberdade do cidadão, ainda existe aquele realizado pelos parlamentares quanto ao respectivo teor, que, não só tem a competência para sustar o ato que extrapole os limites impostos pelo quadro normativo pertinente, como, decidindo regular o assunto de maneira diversa da constante na prescrição infralegal, simplesmente lhe retira a validade.

8 CONCLUSÃO

Lei e regulamento são formas de manifestação do poder normativo estatal, caracterizando-se pela generalidade e abstração de seus termos, dos quais os intérpretes extraem significados de dever-ser vocacionados a pautar sua conduta.

A competência para a autoridade expedir um ou outro ato é estabelecida na Constituição e nas leis, não sendo possível, *a priori*, distinguir quais matérias devem ser disciplinadas por quaisquer dos instrumentos.

Em nosso sistema, a lei em sentido formal, como produto da atuação parlamentar, em regra, tem prevalência no tratamento de qualquer matéria passível de ordenação jurídica.

Os regulamentos, por sua vez, devem, em princípio, ser usados pelo Executivo de forma complementar

à lei, para sua “fiel execução”, o que não significa que estes não criem direitos e obrigações de forma autônoma, desde que não contrariem a disciplina legal (e constitucional) dada à matéria.

A questão central acerca do poder de inovação dos regulamentos reside na intensidade em que estes, por força própria (apesar de subordinados à lei), podem constranger as esferas de liberdade e propriedade dos cidadãos.

Para que se evitem abusos no desenvolvimento do poder regulamentar, é fundamental que se reflita sobre modos de se aperfeiçoar a produção dos regulamentos e, posteriormente, de controlar seus efeitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010. v. II.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Lei e regulamento: a chamada reserva de lei – As delegações legislativas disfarçadas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 49-50, p. 5-16, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento. Direitos individuais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 80, p. 373-382, abr./jun. 1965. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27428/26304>>. Acesso em: 20 maio 2015.
- CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009.
- CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2010.
- EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014 (reprodução de obra de 1983). t. II.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 11. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.
- GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUST, G. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1953.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LEITE, Luciano Ferreira. *O regulamento no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A.; SHANE, Peter M. *Administrative law: the american public law system*. St. Paul: West Publishing, 1992.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Direito Administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2007 (reprodução do texto da 2ª edição, de 1979). v. I.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Regulamento. Lei delegada. Pesos e medidas e invólucros e envoltórios. *RT – Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 356, p. 58-68, jun. 1965.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (Barão de). *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1995 (obra publicada pela primeira vez em 1748). v. I.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 16, 2002.

TÁCITO, Caio. Lei e regulamento. *Revista Jurídica do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, p. 13-15, 1958.

ZANOBINI, Guido. L'attività amministrativa e la legge. In: *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955.

COMO REFERENCIAR ESTE ARTIGO:

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Lei e regulamento: apontamentos sobre o caráter inovador inerente a todas as formas de manifestação do poder normativo estatal. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 7, p. 856-864, jul. 2015.