

## **TEMA DO TRABALHO: LIMITES DO PODER REGULAMENTAR.**

**SUMÁRIO:** 1.Importância e delimitação do tema. 2.Correlação entre o poder regulamentar e princípio da legalidade. 3.Evolução: breve cronologia de diferentes concepções. 4.Sobre o conceito de legalidade e os regulamentos. 5.Limites aos regulamentos na doutrina de Entierria. 6.A doutrina da profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 7.A doutrina brasileira sobre os regulamentos. 8.Comparação jurídica: os regulamentos na Itália e na França. 9.No Brasil: mitigação da legalidade e tendência à “regulação”? 10.Conclusões: reconstrução dogmática dos limites ao poder regulamentar no direito brasileiro. 11.Bibliografia.

**Ricardo de Barros Leonel**  
**Promotor de Justiça em São Paulo**  
**Mestre e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

### **1.Importância e delimitação do tema.**

O estudo da existência e da configuração do princípio da legalidade e do poder regulamentar em cada ordenamento jurídico reveste-se de importância que exorna o simples interesse doutrinário, na medida em que o exame do perfil dogmático e positivo de ambos, sob certo aspecto, reflete a própria extensão do poder estatal, particularmente da administração pública, e em última análise a caracterização da democracia no Estado considerado.<sup>1</sup>

Assim, o estudo teórico a respeito do tema fornece premissas que, no desenvolvimento de um raciocínio lógico voltado a sistemas concretamente observados, possibilitam a formação de um diagnóstico voltado ao reconhecimento da existência e dos limites da atuação estatal.

Não se trata de simples análise acadêmica. Não há dúvida que a Ciência é importante, mas ela torna-se estéril se suas conclusões não comportam atuação real, tratando-se de meros enunciados vagos e despidos de concreção.

Dentro destes contexto surge o estudo sobre os “limites do poder regulamentar”, como tema rico do ponto de vista doutrinário, cujo desenvolvimento fornece idéias para um pensamento silogístico repleto de conclusões voltadas a situações concretas, que rendam ensejo à diagnose de determinado ordenamento jurídico e à identificação dos lindes no qual o poder público poderá atuar de forma legítima.

O que se pretende, em outros termos, é caracterizar o poder regulamentar e outros aspectos essenciais a ele correlatos, definir as margens propícias à sua atuação e demonstrar finalmente de que modo dentro do ordenamento jurídico brasileiro estas idéias podem ser adequadamente aplicadas.

---

<sup>1</sup> Canotilho, J.J. Gomes, destaca este enfoque enunciando que “o princípio da legalidade da administração, sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação dos poderes, foi erigido, muitas vezes, em ‘cerne essencial’ do Estado de Direito...pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., p.251).

## **2. Correlação entre o poder regulamentar e o princípio da legalidade.**

No estudo do tema proposto não é viável descurar da análise, ainda que superficial, do princípio da legalidade. Não há, em verdade, a pretensão de esgotar seu exame, pois não haveria espaço para tanto na abordagem aqui realizada, mas somente avaliar a evolução de suas concepções e seu entrelaçamento com o poder regulamentar, haurindo daí um enfoque claro e consistente para a compreensão deste último.

É importante ressaltar, e aqui fica a advertência que deve nortear a análise do tema deste estudo, que não é possível compreender corretamente o significado do poder regulamentar e seus limites sem que se tenha paralelamente delineado o princípio da legalidade.

Esta asserção – de que na compreensão do poder regulamentar é indispensável o estudo do princípio da legalidade –, se é válida em termos teóricos, ganha maior significado quando se parte para o estudo pragmático. É que o exame do primeiro em determinada ordem constitucional está claramente atrelado ao modo como o constituinte tratou e delimitou o segundo.

Daí porquê ser possível concluir que a concepção do princípio da legalidade e do poder regulamentar em determinado Estado não serão idênticos ao que se pode traduzir com tais expressões, num mesmo contexto temporal, em Estado diverso.<sup>2</sup>

Esta diversidade de concepções se verifica também com a evolução cronológica, pois a configuração das duas idéias – legalidade e regulamento – variam no tempo, sendo conceitos jurídicos indeterminados que são informados por toda a carga valorativa decorrente do contexto cultural da época considerada.<sup>3</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que: a) o estudo dos limites do poder regulamentar está íntima e indissolivelmente ligado ao estudo do princípio da legalidade; b) a análise a respeito de ambos não é estática, mas dinâmica; c) a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados traduzidos pelas expressões “princípio da legalidade” e “poder regulamentar” se realiza em função dos aspectos temporal e espacial considerados (tempo e lugar do estudo de tais conceitos), e conseqüentemente com toda a carga de cultura jurídica então vigorante.

## **3. Evolução: breve cronologia de diferentes concepções.**

Mesmo sem oportunidade, neste escrito, para esgotar a análise evolutiva do conceito de “lei” (e por conseqüência do princípio da legalidade e do poder regulamentar), é necessário como premissa para o desenvolvimento da abordagem central uma breve digressão a respeito da evolução cronológica do argumento em exame.

<sup>2</sup> Nesse sentido Martin, Carlos de Cabo, *Sobre el concepto de Ley*, cit., p.28.

<sup>3</sup> Canotilho retrata a importância da questão temporal no entendimento da “lei” na teoria do Estado de Direito, indicando como exemplo histórico disto os estudos desenvolvidos desde Aristóteles, passando por Sócrates, Platão, Cícero, São Tomás de Aquino, Ulpiano, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Hegel, apenas para citar alguns pensadores de todos os tempos. O autor deixa claro assim que: a) o estudo da Lei depende do período considerado; b) é indissociável do Estado de Direito a idéia de Lei (*Direito...*, p.661/662).

Sem a preocupação de obter precisão matemática, mas sim linhas genéricas de identificação e de diferenciação, é possível partir do estudo do conceito de “Lei” do extremo dos *Estados absolutos*, passando pelos *Estados liberais*, até o *Estado Social de Direito*.

Sobre esses três enfoques evolutivos a doutrina vem se debruçando há muito tempo, tendo chegado a resultados positivos. O problema todavia reside, como se percebe, na caracterização do tema proposto naquela espécie de Estado que vem se formando em tempos recentes até nossos dias, cuja configuração ainda não se delineou completamente e a respeito do qual nem mesmo a denominação é pacífica, sendo identificado por alguns como *Estado neo-liberal*.<sup>4</sup>

Quanto aos Estados absoluto, liberal e de social de direito é possível formular algumas idéias de distinção. Quanto ao Estado neo-liberal ou pós-moderno, que talvez só possa ser definido e caracterizado com maior serenidade, segurança e rigor científico com o decurso do tempo e com o distanciamento dos estudiosos do fenômeno que ainda se desenvolve, será viável aqui buscar identificar ao menos os limites do poder regulamentar.

Nos Estados absolutos válida era a concepção pela qual o rei era a fonte primacial de produção do Direito. Na sua época, o Estado de polícia era incondicionado, exercendo seus poderes de forma ilimitada, representando a manifestação da divindade isenta da possibilidade de cometer erros, caracterizando-se pelas idéias de soberania e polícia.<sup>5</sup>

Neste período a lei era fruto da produção do monarca, sendo praticamente insindicável a sua atuação de caráter genérico ou individual por parte dos demais poderes do Estado, inclusive pelo judiciário.<sup>6</sup>

Dentro do conceito do Estado absoluto fica evidente que não se pode pensar em efetiva soberania do monarca sem o poder de legislar de forma incondicionada. Vale dizer assim que de um lado é verdadeira a afirmação de que o soberano é absoluto porque é legislador, mas a recíproca também se torna patente, pois é legislador por ser soberano e absoluto.<sup>7</sup>

Não se pode falar, nesta concepção do Estado, em existência de princípio da legalidade como limite à sua atuação ou como proteção aos integrantes da sua dimensão subjetiva, os cidadãos. Todo o poder se concentra nas mãos do monarca, cujos atos gerais (leis) ou singulares (atos de administração) são insindicáveis por parte dos demais poderes. Deste modo, o Estado, na pessoa do soberano, está absolutamente livre para agir de forma arbitrária, adotando soluções que lhe pareçam as mais adequadas a todos os problemas a serem enfrentados, sem que haja necessidade de qualquer justificação ou fundamentação, afinal a vontade do monarca equipara-se à própria vontade divina.<sup>8</sup>

<sup>4</sup>Sobre o tema, Chevallier, Jacques, *Vers um droit postmoderne?* cit. *passim*.

<sup>5</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, salienta que o apogeu dos Estados absolutos deu-se com o iluminismo, surgindo aí a designação da segunda metade do séc. XVIII como período do “despotismo esclarecido” (*Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p.12).

<sup>66</sup> Di Pietro, *Discrecionalidade*... p.12/13.

<sup>7</sup> Martin, *Sobre el concepto*..., p.16.

<sup>8</sup> Daí as expressões características como “*the king can do no wrong*”, ou mesmo “*quod principi placuit habet vigorem*”, cfr. Di Pietro, *Discrecionalidade*..., p.12.

Se hipoteticamente fosse possível falar-se em legalidade nesta situação, dever-se-ia afirmar que os indivíduos eram obrigados a fazer tudo aquilo que desejasse o soberano, enquanto este estaria sempre livre para editar atos normativos e praticar atos de administração que lhe parecessem adequados a cada situação concreta, sem que fosse possível contestar as resoluções.

Nesse quadro fica evidente a dificuldade em identificar-se a existência de um verdadeiro princípio da legalidade, bem como realizar-se a distinção entre lei no sentido formal e regulamentos, pois todos os atos do monarca acabavam ganhando a conotação de lei em sentido material, sujeitando todos os administrados a sua observância.

Entretanto, a situação acima delineada não poderia perdurar eternamente. A evolução da cultura, a necessidade de resolução de conflitos sociais e outros aspectos relacionados diretamente com a dinâmica da vida em sociedade, levariam a uma crescente insatisfação com o absolutismo monárquico, fazendo com que avultassem os poderes dos parlamentos e dos juizes, levando à criação de condições para delimitar a atuação antes insindicável do soberano.

Com o surgimento do *Estado liberal* nesse quadro evolutivo do Estado moderno torna-se possível observar o surgimento de uma estruturação diferenciada da divisão das funções estatais.

Com movimentos revolucionários tendentes a destruir o antigo esquema absoluto de domínio dos monarcas, como ocorreu com a revolução francesa, surgem as idéias inspiradas nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, voltadas assim não só a limitar a atuação dos soberanos, como também a propiciar um mínimo de liberdade e garantias a todos os cidadãos e tornar mais clara e definida a missão de cada um dos poderes do Estado.<sup>9</sup>

Deste modo, o crescimento da idéia de constitucionalismo dá margem à criação de limites aos poderes para a proteção das pessoas, não só nas relações entre elas, mas delas com o próprio Estado. É desse quadro que decorre a hoje clara idéia dos denominados direitos fundamentais de primeira geração ou liberdades públicas negativas, figurando como limites a serem respeitados pelo Estado em sua atuação, com relação a seus cidadãos, podendo ser entre eles indicados os clássicos direitos civis e políticos, como a vida, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio, entre outros.<sup>10</sup>

O resultado deste conjunto de coisas é consubstanciado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, que substitui a idéia da vontade do soberano como fonte de todo o Direito pela concepção de que a lei é resultado da vontade geral, figurando como autoridade superior. A lei não proíbe senão ações nocivas à sociedade, e ninguém pode ser forçado a fazer o que a lei não ordena. Tal

---

<sup>9</sup> Martin aduz que “este sometimiento de los poderes del Estado a la ley implica la regulación por parte de la ley de la relación (separación) Estado-sociedad, em cuanto supone, por un lado, que el Estado actúa conforme a leyes (sub lege) y, por outro, a través de leyes (per legem), con lo que se establecen las bases para la libertad e igualdad ciudadanas..”, indicando que isto é que define a base para a existência dos direitos subjetivos com fundamento no direito objetivo (*Sobre el concepto...*, p.19).

<sup>10</sup> Araújo, Luiz Alberto David, e Nunes Júnior, Vidal Serrano, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.65.

ideário foi confirmado na Constituição Francesa de 1791, que estabeleceu que o próprio monarca estava vinculado à lei, devendo governar em nome dela e submetendo-se a ela.<sup>11</sup>

Fica assim, no Estado de direito liberal, patenteado o surgimento do princípio da legalidade, no sentido de que ninguém está obrigado a fazer nada que não seja expressamente determinado por lei. Identifica-se aí a idéia de *vinculação negativa* da Administração.<sup>12</sup> É efetivamente a consagração da liberdade, com a retração da atuação e dos poderes estatais, pois a administração deveria reservar sua ação exclusivamente ao mínimo necessário em respeito aos direitos e liberdades reservados aos cidadãos.

Ademais disso, avulta a necessidade de existência de um órgão independente para dirimir litígios e para a busca da igualdade de todos perante o Direito, afastando-se ao menos em tese a possibilidade de indevida discriminação.<sup>13</sup>

No quadro acima delineado do Estado de direito liberal, embora seja possível, como dito, identificar uma concepção inicial do princípio da legalidade, não se verifica ao menos *a priori* a possibilidade de configuração e existência de um claro poder regulamentar. É evidente que tal afirmação não pode ser feita em caráter absoluto, pois a existência ou não de ambos varia nas dimensões de tempo e espaço, e no desenvolvimento histórico das sociedades e do Estado moderno nem tudo foi captado até hoje pela historiografia, que por vezes se surpreende com a descoberta de informações que abalam concepções que pareciam assentes em bases sólidas.

De todo modo a idéia de garantismo ínsita ao Estado de direito liberal e a sujeição do próprio monarca à lei, a princípio não deixavam qualquer espaço para o estabelecimento para outras fontes normativas que não aquelas oriundas dos Poder Legislativo (Parlamentos), formalmente o único legitimado à criação normativa, mormente considerando o conceito formal de lei.

Mas esta configuração do Estado, com o passar dos tempos, acaba se mostrando insuficiente e inadequada para o atendimento de tudo aquilo do que deveria ele cuidar. Não bastava ao Estado garantir formalmente a igualdade de todos os cidadãos, se na prática por condições adversas, culturais, econômicas e estruturais, a desigualdade acabava por triunfar. As tradicionais idéias de liberdade igualdade e fraternidade, com a função simplesmente garantista (atuação negativa) do Estado, acabavam por permitir não o respeito àquele ideário, mas a prevalência dos poderes de fato (como o poderio econômico) dos mais fortes com relação aos hipossuficientes.

No séc. XIX é que se verifica o surgimento de grandes monopólios econômicos que não deixam espaço para a atuação de empresas de pequeno porte, patenteando-se também a divisão e distanciamento da classe economicamente dominante, cada vez mais rica, daquela constituída pela mão-de-obra explorada denominada de proletariado, cada vez mais pobre e carente em todos os aspectos da vida social, desde as condições de saúde até a alimentação, habitação, educação, etc.

<sup>11</sup> Di Pietro, *Discricionarietà...*, p.14/15.

<sup>12</sup> Di Pietro, *Discricionarietà...*, p.19.

<sup>13</sup> Di Pietro, *Discricionarietà...*, p.16.

Nesse quadro acaba tornando-se necessária a mutação da postura estatal, surgindo o intervencionismo do Estado em ramos de atividade de caráter privado como v.g. na atividade econômica, adotando uma conduta mais ativa de sorte a mitigar a drástica desigualdade decorrente, na prática, da obediência cega ao liberalismo preconizado na fase anterior.

Identifica-se assim o surgimento do *Estado de direito social* (ou Estado social de direito), no qual surgem inclusive os denominados direitos fundamentais de segunda geração ou liberdades públicas positivas, consubstanciadas na exigência de que o Estado forneça condições mínimas de sobrevivência digna a todos os cidadãos. É nesse quadro que se inserem os denominados direitos sociais, relacionados à prestação positiva por parte do Estado, dos quais são exemplo o direito à saúde, à cultura, à educação, à moradia, dentre outros.<sup>14</sup>

Não mais basta, portanto, a presunção de igualdade entre todos os indivíduos, sendo imprescindível que o próprio Estado atue para conceder de forma concreta esta igualdade, o que torna necessária sua intervenção em todos os campos da atividade, particularmente na econômica,<sup>15</sup> provocando-se assim o crescimento da atuação estatal, da administração, e da própria necessidade de normatização por parte desta daquilo em que a lei tenha se mostrado insuficiente.

O aumento das funções do Estado, imprescindível ao desempenho de seu novo papel, traz de forma imanente seu fortalecimento e o desequilíbrio da tradicional equação da separação dos poderes, inclusive com o incremento da atividade normativa da administração paralelamente à atividade legislativa do parlamento.<sup>16</sup>

Em razão disso surge nesse período com maior evidência a atribuição direta pelos próprios textos constitucionais de função normativa ao Poder Executivo, pois a administração deve ter ao seu dispor, para desincumbir-se de suas funções, todos os instrumentos imprescindíveis ao seu escopo, como os decretos-leis, as leis delegadas, medidas com força de lei, etc.

É fácil concluir que nesta situação cria-se o ambiente propício ao fortalecimento do poder regulamentar, na medida em que não só o legislador pode criar normas para equacionar problemas inerentes à existência da própria sociedade: a administração também poderá fazê-lo, contando com delegações (ou quiçá exceções ao princípio da divisão de Poderes com fundamento na própria Carta Constitucional)<sup>17</sup> ou mesmo regulamentando, com poderes inerentes à sua própria e característica atividade administrativa, aquilo que já foi estabelecido pelo Parlamento com validade de norma geral, ou seja a lei.

Ademais, ainda que assim não fosse, pelo dinamismo das relações sociais na vida moderna torna-se praticamente impossível ao legislador conseguir prever, de forma abstrata e genérica, tudo aquilo que deve ser positivado na lei como regra de

<sup>14</sup> Araújo e Nunes Júnior, *Curso...*, p.65. No mesmo sentido Moraes, Alexandre de, *Direito Constitucional*, cit., p.56.

<sup>15</sup> Di Pietro, *Discrecionalidade...*, p.20/21.

<sup>16</sup> Di Pietro, *Discrecionalidade...*, p.22.

<sup>17</sup> Sobre a existência de medidas provisórias e da delegação legislativa ao Presidente da República como exceções ao princípio da divisão dos Poderes na Constituição brasileira de 1988, v. Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p.112/113.

conduta e da ação na vida em sociedade. É necessário que a administração complemente e esclareça esta a atividade normativa primária consubstanciada na edição de lei em sentido formal.

Bem se vê, com o quadro então delineado, a modificação da concepção do princípio da legalidade, e o surgimento com maior clareza de campo propício ao desenvolvimento do poder regulamentar.

Assim, enquanto no Estado de direito liberal o princípio da legalidade dava margem a maior discricionariedade da administração, que poderia fazer tudo o que não fosse proibido por lei (*vinculação negativa*), no Estado social de direito ganha contornos diferenciados, no sentido de que o Estado só poderá fazer aquilo que a lei permite (*vinculação positiva*).<sup>18</sup>

Identifica-se então uma evidente limitação à discricionariedade da administração e o crescimento do controle de sua atividade exercido pelos demais Poderes, pois à necessidade de implementação de ações suficientes ao atendimento dos anseios da sociedade não pode corresponder uma ausência de limites que permita, a pretexto do cumprimento de funções, a realização de abusos.

Deste modo, realizando o cotejo das diferentes concepções do Estado absoluto, liberal e social de direito, fica clara a conclusão de que a legalidade e o poder regulamentar possuem conotações diversificadas em cada um deles. Isto demonstra que a premissa estabelecida inicialmente – de que os referidos conceitos indeterminados variam no tempo e no espaço – é verdadeira, e o que importa para a análise dos limites aos regulamentos é avaliar o contexto espacial, temporal e normativo em que o estudo é realizado.

É bem verdade, não se olvide, que mesmo hoje o entrelaçamento destas idéias não está consolidado, mesmo porque jamais o será por inteiro: é da natureza da vida e da sociedade o dinamismo infundável, que pode se identificar naquilo que ainda não está bem claro mas vem sendo denominado de Estado neo-liberal ou pós-moderno.

Daí a legítima preocupação na busca da compreensão e sistematização do que vem realmente a ser o princípio da legalidade, o poder regulamentar e quais os limites deste último em nosso ordenamento jurídico e na atualidade. Essa a pretensão aqui declinada.

#### **4.Sobre o conceito da legalidade e dos regulamentos.**

Sem perder de vista as advertências decorrentes da conclusão de que os conceitos indicados são variáveis em função de tempo, espaço, sociedade, cultura e ordenamento considerados, é oportuno delinear o adequado emprego das expressões princípio da legalidade ou legalidade, e do poder regulamentar ou dos regulamentos.

Embora não seja possível afirmar que as conclusões que serão tiradas a seguir tenham valor absoluto e incontrastável, mormente em função da variabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados em razão dos fatores de influência

---

<sup>18</sup> Di Pietro, *Discricionariedade...*, p.27.

neles incidentes, a sua clara configuração serve como premissa sistemática para a análise dos limites ao poder regulamentar.

É evidente, dispensando maior fundamentação, a afirmação de que o princípio da legalidade funciona não só como limitação à atuação estatal, mas como verdadeiro penhor do respeito aos direitos de todos os cidadãos.<sup>19</sup> Aliás, identifica-se aí verdadeira garantia para o cidadão contra abusos a serem eventualmente praticados pela organização estatal, proscrevendo a parcialidade nesta atuação e fornecendo elementos concretos para o controle judicial da conduta da administração.<sup>20</sup>

Entretanto, é importante sua correta caracterização dogmática para que os lindes dele decorrentes possam ser identificados com maior clareza não só para os estudiosos do Direito, mas para os próprios membros da comunidade, em sua condição de imensa maioria leiga com relação à Ciência Jurídica.

A abordagem do princípio da legalidade não é unívoca, identificando-se em sua expressão alguns significados importantes. A primeira abordagem que deve ser invocada é no sentido de que ao falar-se em princípio da legalidade evoca-se a idéia de que ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, concepção esta identificada no art.5º II da CF/88.

Mas esta formulação contida no ordenamento constitucional brasileiro comporta melhor elucidação para fins de cognição da abrangência destas expressões. Naquele dispositivo observa-se a presença do sentido originário do princípio em exame, como *vinculação negativa* (liberdade de ação salvo existência de vedação legal) e como *vinculação positiva* (obrigatoriedade de adoção de determinadas condutas previstas em lei).

Isto invoca a idéia de *supremacia da lei*, dentro da estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico, pois situada ela num patamar imediatamente inferior ao da própria Constituição, que figura no ápice do sistema normativo. Esta idéia de primazia da lei, de acordo com autorizada doutrina, envolve uma tríplice dimensão, pois: a) a lei é o ato estatal de vontade “mais forte”; b) tem prevalência com relação a todos os demais atos do Estado, particularmente aqueles produzidos pelo Poder Executivo, como regulamentos e atos administrativos; c) está no topo da escala hierarquizada das normas, ressalva feita à Constituição.<sup>21</sup>

Isto implica, numa visão atual do princípio, uma carga positiva dele no sentido de exigência de observância ou aplicação da lei, e paralelamente numa carga negativa, no sentido de proibição de desrespeito a ela.<sup>22</sup>

Mas isto não explica integralmente o princípio. É necessário compreender o alcance da expressão “lei” contida no enunciado pelo qual ele normalmente é ditado.

<sup>19</sup> Paladin, Livio, *Diritto Costituzionale*, cit., afirma que o princípio da legalidade pode ser definido como “*un limite della funzione amministrativa e non come un limite della funzione legislativa dello Stato...*”(p.174).

<sup>20</sup> Cfr. Giannini, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, cit., p.87/92.

<sup>21</sup> Canotilho, *Direito...*, p.669. A idéia de legalidade como hierarquia constitucionalmente prevista, com preferência para a lei, é também observada por Paladin, *Diritto...*, p.171.

<sup>22</sup> Canotilho fala em “*dimensão negativa*” e “*dimensão positiva*” do princípio da legalidade ou da supremacia da Lei ( *Direito...*p.670).



Nesse desiderato não se pode modernamente buscar a compreensão do tema com o alcance meramente literal da expressão examinada. A palavra “lei”, que tem o poder de vincular a conduta de todos em razão da sistemática hierárquica decorrente de sua supremacia no ordenamento jurídico, deve ser compreendida em seu conteúdo *material*, vale dizer como todo e qualquer ato normativo dotado dos atributos relacionados à sua generalidade e aplicabilidade geral, gerado como fruto do poder de legislar, exercido pelos órgãos a quem tenha sido atribuído este poder.

A asserção acima formulada decorre da evolução do próprio conceito de legalidade no direito moderno. Embora na origem fosse possível considerar como lei só aquela que fosse editada pelos Parlamentos, como fruto de reação do Estado Liberal aos abusos cometidos na época dos Estados absolutos, o dinamismo das sociedades atuais exige que o ordenamento revele outras fontes normativas que sejam aptas a, rapidamente, atender e colmatar as lacunas decorrentes da própria vida em sociedade.

Basta pensar, à guisa de exemplificação, no surgimento das comunidades transnacionais, que há muito extrapolaram o mero entrelaçamento econômico para dar margem por vezes a entidades supranacionais dotadas de organização, governo e direito comum.<sup>23</sup> Em maior ou menor grau, conforme o estágio de evolução do mundo globalizado e da integração regional, o que se tem verdadeiramente são quase “confederações” – com o perdão da expressão, aqui utilizada apenas de forma vulgar - de Estados soberanos que, voluntariamente sujeitam-se a um ordenamento comum, com evidente abdicação de parcela de sua própria soberania.

Do mesmo modo, os tratados internacionais que venham a ingressar no ordenamento jurídico como atos normativos, após o procedimento para sua adoção estabelecido pelas Constituições dos Estados subscritores, estão sujeitos à observância geral.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, oportuno recordar o exemplo na Carta Constitucional brasileira da hipótese de atos normativos editados como fruto do poder de legislar em sentido amplo, embora oriundos do Poder Executivo, como são as Leis delegadas e as medidas provisórias<sup>25</sup>, que possuem poder vinculante idêntico ao da “lei” editada pelo Poder Legislativo.

Estas indicações concretas sugerem que efetivamente a palavra “lei”, que integra a concepção do princípio da legalidade é empregada no sentido *material* (todo e qualquer ato de caráter normativo que tenha sido editado como fruto do poder de legislar), e não em seu sentido meramente *formal*, que se relaciona à origem do ato (atos normativos editados pelo Poder Legislativo).

Esta é a razão pela qual alguns autores sugerem para o princípio em exame uma nova dicção, valendo-se da locução “*princípio da juridicidade*”, no sentido de que ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, senão em virtude de todo e

<sup>23</sup> Basta recordar o caso da Comunidade Econômica Européia, o Mercado Comum do Cone Sul na América Latina, a ALCA, etc...

<sup>24</sup> Vale recordar que conforme a CF/88 os tratados subscritos pela República Federativa do Brasil adquirem força normativa através do cumprimento de procedimento legislativo que envolve três fases distintas: subscrição pelo Presidente da República (art.84 VIII); ratificação pelo Congresso Nacional (art.49 I); publicação pelo Presidente da República, mediante Decreto, equivalente à promulgação e publicação da Lei.

<sup>25</sup> Cfr. art.62 e 68 da CF/88.

qualquer ato normativo editado como fruto do poder de legislar, ou mesmo em razão de normas e princípios constitucionais e dos princípios gerais do direito. Todos estes aspectos estariam entrelaçados no cumprimento do “Direito”, e não simplesmente da “lei”, formando um “bloco de legalidade”.<sup>26</sup>

Verifica-se assim que a tradicional concepção do princípio da legalidade para a administração pública como dois lados da mesma moeda, no sentido de que só possa fazer aquilo que está autorizado em lei e de que não lhe seja permitido fazer o que não for expressamente determinado, embora tenha importância didática para a introdução do estudo sistemático do tema e não seja totalmente errada, é pelo menos incompleta.<sup>27</sup>

É correta, de outro lado, a formulação pela qual o mencionado princípio significa sujeição dos Poderes Públicos ao direito, entendido como conjunto de normas vigentes no âmbito do ordenamento jurídico considerado, e não só à lei como ato derivado de determinadas atividades do Parlamento.<sup>28</sup>

De todo modo, não se pode deixar de concordar com a feliz síntese formulada por abalizada doutrina, de que o princípio da legalidade é exatamente aquilo que a Constituição do Estado analisado diz que ele é.<sup>29</sup>

Desse conjunto de fatores aleatoriamente indicados, decorrentes não só da configuração positivo-dogmática do princípio da legalidade, como ainda do concerto internacional entre Estados já não mais tão soberanos em razão da globalização e da formação das comunidades de países, bem como da permissividade para a adoção de outros atos normativos que não tenham o aspecto de lei formal mas vinculem, decorre o surgimento da idéia de *relativização* da supremacia da lei.<sup>30</sup>

Esta visão não tão tradicional, mas que preserva as feições essenciais do princípio da legalidade não pode ser vista de forma isolada, sem o exame da denominada *reserva legal* ou *legalidade estrita*.

<sup>26</sup>Jorge Manuel Coutinho de Abreu expõe este raciocínio de forma clara e feliz, utilizando a expressão “bloco de legalidade”, por ele atribuída a Hauriou, como vetor indicativo de que a vinculação decorrente do princípio da legalidade não tem fundamento só na “lei”, mas sim no “Direito” e em seus princípios gerais. Todavia, o autor indica ser inoportuna e desnecessária a mudança do designativo do princípio de “legalidade” para “juridicidade”, embora acolha o entendimento de que o conteúdo envolvido na segunda expressão reflete a moderna e correta carga semântica do objeto do estudo (*Sobre os regulamentos...* cit., p.132/136).

<sup>27</sup> Esta concepção tradicional do princípio da legalidade, com o particular enfoque da situação administração pública, é encontrada em diversos autores nacionais. Diógenes Gasparini afirma que “qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a administração pública agir, salvo situações excepcionais (grave perturbação da ordem, guerra)”(*Direito Administrativo*, cit., p.6). Argumentação semelhante, cuja transcrição é desnecessária, encontra-se em Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p.82/83), bem como em Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p.71/77).

<sup>28</sup> É a síntese elaborada por Alessandro Pizzorusso, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, cit., p.231.

<sup>29</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de, salienta que ele tem em cada país “o perfil que lhe haja atribuído o respectivo Direito Constitucional”, com maior ou menor flexibilidade (*Curso...*p.72/73).

<sup>30</sup> Canotilho chega a afirmar que o princípio da legalidade hoje pode ser entendido, em determinado contexto, como “princípio da legalidade comunitária com a conseqüente observância das normas do direito comunitário diretamente aplicáveis e correlativa desaplicação de normas internas contrárias às mesmas”(*Direito Constitucional*.p.671).

Se por um lado o *princípio da legalidade*, na concepção acima delineada, significa que a obrigatoriedade da ação ou inação decorre da obediência ao ordenamento jurídico ou à lei em sentido material, o que envolve todos os atos normativos decorrentes do poder de legislar bem como a própria Constituição (que decorre do Poder Constituinte) e do respeito aos princípios gerais do direito, i. é observância da lei em sentido *material*; paralelamente a *reserva legal* significa a necessidade de observância da lei em *sentido estrito* ou *formal*, ou seja ato normativo produzido pelo Poder Legislativo, com exclusão de outras fontes normativas.<sup>31</sup>

Em outros termos, o *princípio da legalidade* significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. A *reserva de lei* consiste em estatuir-se que a regulamentação de determinadas matérias deverá fazer-se necessariamente por lei formal.<sup>32</sup>

Estabelecida esta diferenciação, fica fácil observar que a *reserva legal* apresenta um *plus* em relação ao princípio da legalidade: para aquela, não basta que se trate de ato normativo editado no uso do poder de legislar, mas além disso que a norma seja produzida pelo Parlamento. Há aqui maior rigidez e um âmbito material menor sujeito a tal vinculação. Deste caráter excepcional decorre que só naqueles casos em que a própria Constituição exige lei em sentido formal é que estará presente a *legalidade estrita* ou *reserva legal*.

A razão do estabelecimento do espectro protetivo do *princípio da reserva legal* é política, relacionada à legitimação democrática: determinadas matérias, por sua importância, devem ser submetidas à normatização exclusiva por parte do Parlamento, que no contexto dos Poderes Estatais, como regra, é o que a *priori* se apresenta revestido de maior legitimidade democrática.<sup>33</sup> É o estabelecimento constitucional de domínio ou competências materiais, cuja relevância jurídico-política faz com que devam tais assuntos serem regulados pelo órgão legislativo que ostente a maior e mais efetiva representatividade popular.<sup>34</sup>

Autorizada doutrina nacional esclarece ainda que a *reserva legal* apresenta categorias distintas, de conformidade com o critério de discriminação daquilo que exige lei formal, vale afirmar: a) em razão do *órgão competente* (a função legislativa quanto a certas matérias fica atribuída exclusivamente ao Congresso Nacional, como no caso das matérias insuscetíveis de delegação legislativa, do art.68 §1º CF/88); b) em razão da *natureza da matéria* (quando a própria Carta determina que certas matérias sejam regulamentadas exclusivamente por lei complementar, ordinária ou complementar estadual, ou lei orgânica local<sup>35</sup>); c) em razão do *vínculo imposto ao legislador*, que pode ser absoluto (a matéria reservada deve ser integralmente disciplinada pela lei) ou relativo

<sup>31</sup> Canotilho, *Direito Constitucional*...p.672.

<sup>32</sup> Silva, José Afonso da, *Curso*...p.402.

<sup>33</sup> Canotilho, citando Sérvulo Correia, aduz que se busca “guardar para um órgão com uma legitimação política especial o estabelecimento das bases de todos os regimes jurídicos cujos preceitos possam afetar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na integralidade quando respeitem a assuntos que mais sensibilizem uma comunidade”(Direito Constitucional...p.675).

<sup>34</sup> Abreu, *Sobre os regulamentos*...p 158.

<sup>35</sup> V.g. art.7º I; 14 §9º; 18§4º; e 29.

(a lei deve disciplinar apenas os aspectos gerais, admitindo a complementação por outras espécies normativas).<sup>36</sup>

Não se pode olvidar, ainda no ponto, que a reserva legal embora possa ser identificada de forma implícita, através da interpretação sistemática do texto constitucional, deverá ser considerada de forma restritiva, sob pena de chegar-se ao extremo de considerar que toda a ação do administrador e do legislador estão sujeitas a ela.<sup>37</sup>

Também fica patenteado que ela acaba configurando uma limitação à atuação do legislador, que naquelas matérias reservadas à lei formal está adstrito ao procedimento legislativo específico previsto no texto constitucional, não podendo colmatar a lacuna legislativa por outras espécies normativas que pudessem, hipoteticamente, ser utilizadas com maior facilidade e desenvoltura.<sup>38</sup>

Originariamente, a *reserva legal* ou *legalidade estrita* referia-se exclusivamente aos casos em que estivesse em jogo o direito de propriedade ou a liberdade dos cidadãos.<sup>39</sup> Todavia, numa visão mais atual, pode-se afirmar que além da proteção àqueles dois aspectos todo o patrimônio jurídico fundamental, ou seja os direitos individuais e fundamentais do homem, deve ficar subsumido à esfera protetiva da referida garantia.<sup>40</sup>

Mas não é só. Assim como ocorre com o princípio da legalidade, a reserva de lei depende também do que for estabelecido pela Constituição. Isto porque é a própria Carta que especifica inúmeros casos ou matérias que devem contar especificamente com lei editada pelo Parlamento para sua regulamentação.

É intuitivo que determinadas matérias, como aquelas relacionadas ao direito penal ou processual, ou mesmo tributário, não possam ser objeto de regulamentação a não ser por lei formal. Mas a questão remanesce fora de qualquer dúvida quando a própria Carta indica a incidência da *reserva de lei* nos casos que especifica, dizendo que determinada matéria deverá ser tratada “na forma da lei”, ou “por lei específica”, ou ainda por “lei complementar”.

Apenas a título de exemplificação e sem pretensão de exaurimento dos casos positivados no texto constitucional, vale mencionar na CF/88 hipóteses claras de previsão do princípio da reserva legal: “inviolável o sigilo...das comunicações telefônicas, salvo...nas hipóteses e na forma que a **lei** estabelecer”(5º XII); “é livre o exercício de qualquer trabalho ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a **lei** estabelecer”(5º XIII); “a **lei** estabelecerá o procedimento para a desapropriação...”(5º XXIV); “a pequena propriedade rural, assim definida em **lei**...não será objeto de penhora...”(5º XXVI); “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a **lei**, assegurados...”(5º XXXVIII); “não há crime sem **lei** anterior que o define, nem pena

<sup>36</sup> Estes critérios de discriminação são indicados por José Afonso da Silva, (*Curso...*, p.403), que fornece ainda os exemplos mencionados na nota anterior. A distinção de legalidade e reserva legal, bem como a identificação de reservas absolutas e outras relativas, também se verifica em Paladin, *Diritto...*, p.170/173, bem como em Pizzorusso, *Manuale...*, p.234.

<sup>37</sup> Nesse sentido Paladin, *Diritto...*, p.173.

<sup>38</sup> Cfr. Paladin, *Diritto...*, p.170.

<sup>39</sup> Canotilho, *Direito Constitucional...*p.677; Abreu, *Sobre os regulamentos...*p.159.

<sup>40</sup> Canotilho, *Direito Constitucional...*p.677; Abreu, *Sobre os regulamentos...*p.161.

*sem previa cominação legal*” (5º XXXIX); “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (5º XL); “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (5º XLI); “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (5º XLII); “a lei regulará a individualização da pena...” (5º XLVI), entre inúmeras outras hipóteses que podem ser identificadas no texto da Constituição.

Ademais, recentemente foi modificada a CF/88, quanto à configuração dogmática-positiva do instituto das medidas provisórias, previsto no art.62. A nova redação decorrente da Emenda Constitucional nº32/01 indicou âmbito material em que fica definitivamente proscria a utilização da referida espécie normativa. A *contrariu sensu*, naquelas matérias há necessidade de lei formal, sendo possível afirmar que se trata de manifestação do *princípio da reserva legal*, pois é vedada a adoção de medidas provisórias com relação a: nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; matéria orçamentária<sup>41</sup>; que vise a detenção ou seqüestro de bens, poupança popular ou qualquer ativo financeiro; reservada à lei complementar; já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República,<sup>42</sup> é vedada a reedição na mesma sessão legislativa de medida provisória que tenha sido rejeitada ou perdido sua eficácia por decurso de prazo;<sup>43</sup> é vedada ainda na regulamentação de artigo da CF/88 cuja redação tenha sido alterada por emenda constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a data da promulgação da EC nº32/01 (11.09.2001).<sup>44</sup>

Veja-se entretanto o paradoxo: se de um lado a EC nº32/01 buscou deixar claro o rol de casos em que não é possível a utilização de medidas provisórias, ampliando assim o âmbito material de proteção relacionado à reserva de lei, de outro lado promoveu violação sistemática - quiçá inconstitucional - sem precedentes, demonstrando (com a devido *venia*) o casuismo e o fisiologismo do legislador. A referência aqui formulada diz respeito ao art.2º da EC nº32/01, que a pretexto de remediar o irremediável (eram milhares as medidas provisórias vigentes quando da promulgação da emenda aqui analisada que ainda não haviam sido aprovadas ou rejeitadas pelo Parlamento), determinou que as medidas “*editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso nacional*”. Ora, se não foram apreciadas até aquele momento, seguramente não o serão em data posterior... o que implica dizer que tal dispositivo promoveu a inconstitucional perenização das medidas provisórias que não foram devidamente apreciadas pelo Congresso Nacional. O absurdo da solução adotada dispensa maiores críticas e evidencia-se por si só.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Com a ressalva prevista no art.167 §3º da CF/88, admitindo medidas provisórias e matéria financeira e orçamentária para abertura de crédito extraordinário destinado a atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

<sup>42</sup> Estas vedações, e a *contrariu sensu* âmbito material protegido pela *reserva legal*, estão indicadas no art.62 §1º da CF/88, com a redação decorrente da EC nº32/01.

<sup>43</sup> Art.62 §10 da CF/88, com a redação dada pela EC nº32/01.

<sup>44</sup> Art.246 da CF/88 com a redação da EC nº32/01.

<sup>45</sup> Embora a abordagem desborde um pouco do tema em exame, não é possível deixar de observar a incongruência da política legislativa adotada na matéria. Embora a reserva legal e o princípio da legalidade sejam aquilo que a Constituição determine, é de se esperar que as opções do legislador contem com um mínimo de razoabilidade.

Oportuno ainda salientar que a reserva legal quanto à matéria tributária, que era aceita pacificamente pela doutrina mas mitigada pelo STF - que admitia a edição de medidas provisórias para criação ou majoração de tributos desde que respeitado o princípio da anterioridade<sup>46</sup> -, acabou também sendo minimizada pela EC nº32/01, na medida em que passou a ser acolhida pelo texto constitucional a tese que vinha sendo esposada pelo Pretório Excelso.<sup>47</sup>

Postas as premissas e definidos a legalidade e a reserva legal, torna-se possível o exame da questão dos regulamentos.

É evidente que as observações formuladas ao longo deste tópico quanto aos dois princípios acima mencionados têm a mesma validade no que atine à análise dos regulamentos e do poder regulamentar: eles são aquilo que determina a ordem constitucional vigente, e esta é extremamente variável em função do tempo, do espaço, e da cultura jurídica considerada.

Todavia, é viável estabelecer idéias gerais para o entendimento da sua configuração e extensão.

O poder regulamentar, como um dos poderes inerentes à administração pública, é ortodoxamente caracterizado como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. É privativo do Chefe do referido Poder<sup>48</sup>, exteriorizando-se sob a forma de *decreto*. Acrescente-se ainda que nesta concepção tradicional o ato regulamentar não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa à legalidade.<sup>49</sup>

Mas é evidente que esta sintética caracterização não tem o condão de esgotar o exame do tema, mormente quando se observa, como já consignado anteriormente, que a variabilidade dos conceitos decorre de fatores relacionados ao Estado considerado.

A propósito, oportuna a conceituação do próprio *regulamento*, que nada mais é que o fruto concreto do exercício do poder regulamentar.

Uma concepção analítica definiu-o como sendo “*norma escrita, geral e abstrata por via de regra subordinada à lei, emanada por uma autoridade administrativa, ou por uma entidade privada no desempenho de uma função político-normativa*”.<sup>50</sup> Embora didática e facilmente compreensível a síntese consubstanciada nesta definição, é notório que ela não será integralmente aplicável em todo e qualquer ordenamento, na medida em que, v.g., casos há em que os regulamentos a princípio só

<sup>46</sup> Cfr. Moraes, *Direito Constitucional*, cit., p.522/524, anotando os precedentes do Pretório Excelso. No mesmo sentido Araújo e Nunes Júnior, *Curso...*, cit., p.71.

<sup>47</sup> Nesse sentido o art.62 § 2º com a redação dada pela EC nº32/01 admitindo a medida provisória para instituição ou majoração de impostos, que só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que tiver sido editada.

<sup>48</sup> Por expressa previsão do art.84 IV da CF/88.

<sup>49</sup> Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p.71/72. É a visão tradicional identificada ainda em outros autores como: Gasparini, *Direito...*, p.110; Meirelles, *Direito...*, p.112.

<sup>50</sup> Abreu, *Sobre os regulamentos...*, p.45.

poderão ser editados pelo Chefe do Executivo, como ocorre no direito brasileiro e adiante melhor será analisado.

O importante é deixar claro na conceituação, contudo, que os regulamentos são sempre normas escritas, hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, e em linhas de princípio por ela limitados.<sup>51</sup>

Sem maior aprofundamento por ora, ressalte-se que é a sistematização destes limites no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro o que se pretende com este estudo, partindo de concepções doutrinárias e de análise do direito comparado quanto ao tema.

### **5.Limites aos regulamentos na doutrina de Enterría.**

O conhecido publicista espanhol Eduardo Garcia de Enterría dedicou-se com muita maestria ao estudo do tema relacionado ao poder regulamentar, aos regulamentos e aos seus limites. É evidente que as lições hauridas em suas pesquisas foram inicialmente direcionadas ao direito de seu próprio País. Mas nem por isso deixam de ter imenso valor doutrinário, pois em razão da riqueza teórica e prática contida em sua abordagem justifica-se o exame separado de sua concepção sobre o assunto.

Acentua a existência sistemas predominantes na configuração do regime jurídico dos regulamentos. Embora cada País tenha um sistema próprio, em maior ou menor medida podem os ordenamentos ser assimilados ao que ele procura sistematizar.

Indica assim a existência de um *sistema francês*, que admite por parte do Poder Executivo a emissão de regulamentos gerais e autônomos, bem como o que denomina de *sistema anglo-saxão* ou de legislação delegada (*delegated legislation*), no qual as delegações legislativas específicas suprem a inexistência constitucional de um poder regulamentar geral.<sup>52</sup> Neste último, aduz que a lei que acaba por traduzir a aludida delegação contém *standarts* ou normas gerais, cuja regulamentação será realizada com certa discricionariedade, respeitando-se evidentemente a razoabilidade que pode ser indicada como justiça substancial”.<sup>53</sup>

Anota também que na Alemanha, fora do campo dos denominados regulamentos organizatórios editados discricionariamente pelo Executivo, inexistente poder regulamentar geral, havendo necessidade de delegações específicas e explícitas a fim de que sejam produzidos os regulamentos normativos.<sup>54</sup>

Outra informação interessante colhida pelo doutrinador é de que o sistema espanhol se apresenta assemelhado ao francês, pois naquele também há previsão de um poder geral de regulamentação, sendo dispensável a delegação.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> É o pensamento unívoco identificado em: Enterría, Eduardo Garcia de, e Fernandez, Tomás-Ramón, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p.198; Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit., p.274/275; Meirelles, *Direito...*, p.113; Gasparini, *Direito...*, p.112; Mello, *Curso...*, p.296; Canotilho, *Direito...*, p.773/776; entre outros.

<sup>52</sup> Enterría, e Fernandez, *Curso...*, p.200.

<sup>53</sup> Enterría, *Legislación...*p.72 e ss.

<sup>54</sup> Enterría, *Legislación...*p.72 e ss.

<sup>55</sup> Enterría, *Legislación...*p.108.

Enteria procura planificar os limites ao poder regulamentar, e conseqüentemente à edição de regulamentos, identificando requisitos *formais* ou *externos*, e *substanciais* ou de *conteúdo*.

Indica como limites formais: a) competência para emanar os regulamentos; b) hierarquia normativa; c) procedimento para elaboração. São limites substanciais: a) respeito aos princípios gerais do direito (especialmente interdição de arbitrariedades); b) controle de discricionariedade (ou constitucionalidade); c) matéria regulamentar; d) irretroatividade.<sup>56</sup>

A *competência* para a edição de atos regulamentares é indicada na Constituição. Salienta o autor que costumeiramente esta atribuição é outorgada exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, e que o poder dos Ministros ou titulares de órgãos diretamente vinculados à Presidência da República refere-se a regulamentos internos, “domésticos”, ou de caráter derivado, inerentes a matérias de organização das próprias pastas, ou eventualmente aquelas decorrentes de relações especiais de supremacia da administração com terceiros, como ocorre v.g. em casos de contratos de concessão, outorga de subvenção, admissão de matrícula, situação diversa da supremacia geral da administração com relação a todos os cidadãos (hipótese do poder de polícia).

Esta distinção, que corresponde à diferenciação dos denominados regulamentos jurídicos (fixação de normas gerais de conduta) e administrativos (que não incidem diretamente sobre a vida dos particulares, salvo quando sujeitos por relação especial à supremacia específica da administração), oriunda do direito germânico, justifica a conclusão de que só o Chefe do Executivo, detentor da supremacia geral, é que tem efetivamente o poder de editar regulamentos de caráter geral.<sup>57</sup>

A *hierarquia normativa* a ser obedecida decorre da própria rigidez constitucional e da supremacia das leis. Entretanto, deve ser considerada também entre os próprios regulamentos.

Sobre o *procedimento de elaboração*, é requisito que tem especial importância para aqueles países onde existe claramente diploma legal que estabeleça o procedimento administrativo. Nessa hipótese, prevendo o legislador qual o rito para a formação de um regulamento, sua violação poderá maculá-lo completamente, pois em última análise o que ocorre é violação do princípio do devido processo legal, cujo âmbito de incidência não se limita ao processo judicial.<sup>58</sup>

O interessante da previsão de procedimento de elaboração dos regulamentos em lei específica, como ocorre v.g. na Espanha, é que, assegurada a participação popular na sua formação, bem como de setores da sociedade e da economia diretamente interessados, ganha o ato normativo em legitimidade e possivelmente até mesmo em precisão técnica, aprimorando-se assim o exercício do poder em questão.

<sup>56</sup> Enteria e Fernandez, *Curso...*p.207/222.

<sup>57</sup> Enteria e Fernandez, *Curso...*p.208/209.

<sup>58</sup> Recorde-se v.g. que na Constituição brasileira o princípio está assegurado com relação ao processo judicial e administrativo (art.5ºLV), e que é pacífico o entendimento de que tem incidência inclusive no processo legislativo. Isto dá margem inclusive ao controle incidental preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei, através de mandado de segurança proposto por parlamentar diretamente perante o Pretório Excelso, por violação alguma disposição da Carta relacionada ao devido processo legislativo. Nesse sentido: Moraes, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, cit., p.224/228.



Não se pode olvidar que ainda na fase formal relacionada ao procedimento tem lugar a publicação do ato normativo, que deve ser assegurada tanto na fase instrutória, para garantir a participação dos segmentos interessados na sua formação, como posteriormente, como requisito mesmo de sua validade e executoriedade.<sup>59</sup>

No que pertine ao respeito aos *princípios gerais do direito* e especialmente à interdição de arbitrariedades, fica registrado no estudo aqui invocado que seu autor aduz que é necessário superar o mero legalismo positivista, na medida em que os atos normativos devem conformar-se ao “direito”, não só à “lei” formalmente considerada. Ademais, isto decorre da própria tendência moderna de ampliar-se o âmbito de atuação dos regulamentos, o que invoca não só a eventual necessidade de controle de constitucionalidade, mas que tanto este como o controle de legalidade sejam feitos tendo como parâmetros a Constituição, seus preceitos, e os princípios gerais do direito.<sup>60</sup>

Afirma contudo que não há critérios rígidos nesse controle e conseqüentemente no cumprimento do requisito aqui examinado: há necessidade de evitar-se a arbitrariedade, o que deve ser examinado caso a caso buscando a realização da “justiça material”, o que poderíamos indicar como exame de razoabilidade ou proporcionalidade nas normas regulamentares.

O autor indica exemplos concretos de regulamentos abusivos: aqueles que partem de apreciação inexata dos fatos; que impõem medidas desproporcionadas ou incongruentes com os objetivos colimados; que tentem manipular meios elementares de subsistência de seus destinatários; contrários à “natureza das coisas”; “irracionais”; que adotem soluções “manifestamente injustas”; contrários à boa-fé, etc.<sup>61</sup>

Sobre a *matéria regulamentar* anota inicialmente que há temas que não comportam regulamentação, salvo se esta for determinada por lei, na medida em que são absolutamente estranhos à atividade da administração por referir-se a situações da vida particular das pessoas, como o direito processual ou o direito privado.

Assim, o campo propício aos regulamentos é aquele que se insere na atividade estatal, respeitando-se evidentemente o âmbito da legalidade e da reserva legal. Nesse campo regulamentar inclui aquelas matérias internas ou domésticas da administração, anotando ainda que mesmo neste campo, quando houver como conseqüência do ato normativo regulamentar qualquer imposição de obrigações ou deveres para os cidadãos, ou mesmo limitação de direitos, o regulamento nada mais poderá fazer que complementar a própria lei, cujo caráter essencial e prévio não poderá ser dispensado.<sup>62</sup>

Finalmente, quanto à *irretroatividade*, anota que os regulamentos só podem estabelecer regras para o futuro, e não para fatos pretéritos.

<sup>59</sup> Enterria e Fernandez, *Curso...*p211/214, apresenta detalhadamente o *iter* previsto na Lei de Procedimentos Administrativos de seu País.

<sup>60</sup> Enterria, e Fernandez, *Curso...*p.215/216; e do primeiro autor, *Legislación...*p.37/40.

<sup>61</sup> Enterria, e Fernandez, *Curso...*p.217.

<sup>62</sup> Enterria e Fernandez, *Curso...*p.219/220.

Quanto ao controle da *discricionariade* salienta o autor que, apesar de todos estes dados objetivos, a avaliação judicial da legitimidade (constitucionalidade e legalidade) dos regulamentos deve ser feita não com critérios políticos, relacionados a oportunidade e conveniência, mas sim com amparo em parâmetros como a igualdade, a razoabilidade, a proporcionalidade, e do “senso de justiça” que neles deve prevalecer.<sup>63</sup>

#### 6.A doutrina da profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Tratando do tema à luz de visão mais abrangente, relacionada não só ao exercício do poder regulamentar, mas sim de todas as questões emergentes relativas à regulação, entendida como conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado e por entes não estatais voltados à gestão de determinada atividade de interesse geral, a emérita doutrinadora traça parâmetros que partem de um estudo comparativo das origens da denominada função reguladora, procurando ajustá-los à realidade brasileira.<sup>64</sup>

Sem desviar do tema deste estudo, é importante contudo fazer um pequeno parêntesis: na mesma medida em que é correta e distinção entre os vocábulos “regular” e “regulamentar”, tem valia a diferenciação entre o exercício da função ou poder regulamentar e o da função reguladora.<sup>65</sup> Esta última é mas abrangente, pois v.g. quanto à concessão, permissão e delegação de serviços públicos assume as funções do próprio poder concedente, o que envolve: regulamentação dos serviços; realizar licitações; celebrar contratos de concessão ou permissão; definir o valor de tarifas; controlar a execução dos serviços; aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir e fazer a rescisão amigável; promover a reversão de bens ao término da concessão; exercer o papel de ouvidoria quanto a reclamações de usuários dos serviços; exercer todas as prerrogativas do Poder Público.<sup>66</sup>

Aliás, o surgimento e desenvolvimento das denominadas agências reguladoras como pessoas jurídicas autônomas, com capacidade de produção normativa própria, poderes discricionários, capacidade de precisar conceitos indeterminados, sujeita a mecanismos de controle relativamente limitados e com maior autonomia e estabilidade de seus dirigentes,<sup>67</sup> é um fenômeno que só pode ser explicado com uma visão abrangente inerente à sua complexidade: fatores econômicos e sociológicos relacionados à globalização, ao dinamismo na mutação das relações econômicas da sociedade pós-industrial, necessidade de maior flexibilidade e discricionariade técnica e desvinculação política<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Enterría, *Legislación...* p.279/280 e 282/285.

<sup>64</sup> A profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro procura estabelecer distinção entre o exercício do poder regulamentar, do qual decorre a edição de regulamentos, e a função reguladora. Mas as idéias que lança quanto a esta última são extremamente úteis e pertinentes para a compreensão dos limites de ambas as atividades. Anota que “*regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da administração direta ou entidades da administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange inclusive a regulamentação, que tem um sentido mais estrito....regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do poder Executivo*” (*Parcerias na administração pública.*, cit., p.140/141).

<sup>65</sup> Sobre o conceito de regulação v. Moreira, Vital, *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p.34/51.

<sup>66</sup> Di Pietro, *Parcerias...*, p.132.

<sup>67</sup> Síntese elaborada por Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, “Independência da função reguladora e os entes reguladores independentes”, cit., p.259.

<sup>68</sup> Cfr. Cavalcanti, “Independência...” *passim*; Di Pietro, *Parcerias...passim*.

Analisando a função das agências reguladoras no direito constitucional positivo brasileiro, a doutrinadora acaba assim fornecendo subsídios ao entendimento dos limites do próprio poder regulamentar.

Observa inicialmente a inexistência de uma função reguladora autônoma, por ausência de previsão constitucional. Não há lugar para os regulamentos autônomos na ordem jurídica pátria, na medida em que o art.84 IV da CF/88, ao prever o poder regulamentar do Presidente da República, indica que ele deverá ser exercido para a “*fiel execução*” da lei. Anota ainda que mesmo a regulamentação inerente à organização e o funcionamento da administração federal deve ser feita na “*forma da lei*”, e que a criação e estruturação de Ministérios e de órgãos da administração depende de lei, cuja iniciativa é privativa do Chefe do Executivo (art.61§1º II e CF/88). Conclui assim que nem mesmo regulamentos autônomos em matéria de organização administrativa existem no ordenamento nacional.<sup>69</sup> Conseqüentemente, fica reconhecida a admissão apenas dos regulamentos de execução, sempre vinculados aos limites da lei. Ademais, o poder regulamentar dos órgãos hierarquicamente subordinados (o que abrange os Ministérios e outros de nível inferior)<sup>70</sup> tem efeitos apenas internos, referindo-se a aspectos essencialmente técnicos, não podendo regulamentar leis, pois esta função é privativa do Chefe do Executivo.

Argumenta todavia que por força do art.25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é possível que lei prorogue dispositivos legais vigentes da ordem constitucional revogada (Constituição de 1967), pelos quais tenha sido atribuído a órgão do Poder Executivo função do Congresso Nacional, inclusive a “*ação normativa*”, o que significaria na prática, em caráter excepcional, a admissão por expressa autorização constitucional e legal da edição de regulamentos autônomos, com força similar à de lei formal, pelo Executivo ou órgãos da administração pública.<sup>71</sup>

Além desta hipótese por si excepcional, recorda que há na Carta vigente dois casos em que expressamente foi prevista a existência de agências reguladoras, referindo-se à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e à Agência Nacional de Petróleo (ANP), indicadas claramente nos art.21 XI e 177 §2º III da CF/88, pois nos dois dispositivos a Constituição comete à “lei” a instituição de um “órgão regulador” e a definição de suas atribuições.

Para estas duas agências apenas, que têm fundamento constitucional, a doutrinadora reconhece a concessão de poder regulamentar pelo constituinte reformador<sup>72</sup>, mas que não é incondicionado e autônomo, como o que se verifica nas agências do direito norte-americano ou mesmo nos regulamentos autônomos do direito francês. Nesse sentido, deixa claro seu entendimento de que houve simples concessão de função regulamentar aos órgãos reguladores, atividade esta que fora destas hipóteses é privativa do Chefe do Poder Executivo.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Di Pietro, *Parcerias...*, p.142.

<sup>70</sup> Prevista v.g. para os Ministérios no art.87 parágrafo único II, que confere aos Ministros a possibilidade de expedir instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos.

<sup>71</sup> Di Pietro, *Parcerias...*, p.142/143.

<sup>72</sup> Anote-se que a redação atual do art.21 XI decorre da EC nº08/95; e a do art.177 §2º III decorre da EC nº09/95.

<sup>73</sup> Di Pietro observa que “*ao falar em órgãos regulador está a Constituição reconhecendo aos mesmos a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, standarts, tal como as agências reguladora norte-americanas.*”, ressaltando contudo que “*mesmo para as (agências) que têm fundamento constitucional, a competência reguladora tem que se limitar aos regulamentos administrativos ou de organização...só podendo dizer respeito às*

Destes ensinamentos é lícito sintetizar a indicação dos seguintes limites ao poder regulador e conseqüentemente ao regulamentar: a) o poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo, sendo certo que a função reguladora deve ter fundamento constitucional, e não implica desconsideração dos limites impostos pelo princípio da legalidade e pela reserva legal; b) há, atualmente, ampliação da discricionariedade, sem invalidar entretanto o exposto *sub a*; c) mesmo com esta ampliação de discricionariedade, é limitada a regulação (e conseqüentemente a regulamentação) aos regulamentos administrativos ou de organização (onde há especial relação de sujeição do particular ao poder público como nos casos de concessionários ou permissionários de serviços públicos, os que se encontram em serviço militar, etc.).

### 7.A doutrina brasileira sobre os regulamentos.

A doutrina brasileira de forma geral identificou os limites do poder regulamentar naqueles fixados pelos parâmetros da lei.

Assim em linhas gerais identificam-se como características do regulamento e de seus limites o fato de tratar-se de ato normativo de caráter geral, privativamente editados pelo Chefe do Poder Executivo, através de decreto. É anotada sua indelegabilidade, bem como a necessidade de não violar-se a legalidade e a reserva legal, cabendo ao regulamento apenas explicitar a lei, nos limites por ela traçados.<sup>74</sup>

Quanto aos limites à atuação regulamentar, embora à matéria tenha sido imprimida a marca de cada autor que estudou o tema, a síntese leva ao mesmo resultado: respeito à Constituição, ao princípio da legalidade e à reserva legal.

Diógenes Gasparini fala em limites formais, legais e constitucionais. Os *formais* seriam os inerentes v.g. ao meio de edição do ato regulamentar (v.g. portaria ou decreto). Os *legais* aqueles estabelecidos pela lei regulamentada (v.g. o prazo especificado para a edição do decreto). Os *constitucionais* aqueles vinculados ao respeito aos princípios da Constituição, particularmente a legalidade e a reserva legal.<sup>75</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o regulamento: a) não pode incluir o ordenamento jurídico regra geradora de direito ou obrigação novos; b) cabe à lei indicar as condições de aquisição do direito, cabendo ao regulamento a especificação destas condições; c) não pode haver delegação “disfarçada” de competência legal ao regulamento, pois a própria CF prevê claramente as hipóteses de delegação legislativa (art.68 da CF/88), o que ocorreria quando a lei diferisse ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou da obrigação, dever ou restrição; d) o regulamento jamais pode contrariar a lei ou ditar restrições a ela, ainda que a pretexto de esclarecê-la.<sup>76</sup>

---

*relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado. No caso da ANATEL e da ANP as matérias que podem ser por elas reguladas são exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei.”* Parcerias..., p.147.

<sup>74</sup> Assim: Meirelles, *Direito...*p.112/113; Gasparini, afirmando que os regulamentos devem ser “compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”, *Direito...*p.110; Mello, *Curso...*p.294/302, salientando ainda que o regulamento acaba por assegurar o princípio da igualdade, “mediante imposição de um comportamento uniforme perante situações iguais”(p.307).

<sup>75</sup> Gasparini, *Direito...*p.111.

Geraldo Ataliba, com sua reconhecida autoridade doutrinária, forneceu extenso rol caracterizador de limites do poder regulamentar: a) o regulamento é veiculado por decreto; b) tem natureza de ato administrativo infra-legal; c) não pode ser autônomo; d) é nulo se *ultra e extra legem*; e) é preciso que haja previamente a lei regulamentada; e) leis auto-executáveis não são regulamentáveis; f) o regulamento não inova na ordem jurídica; g) não pode o Executivo fraudar a lei, protelando sua regulamentação; h) a lei não pode atribuir a outros órgãos que não ao Presidente o poder regulamentar; i) as balizas do poder regulamentar estão na Constituição, mas a lei pode fixar prazo para seu exercício; j) o regulamento que interpreta a lei só é vinculante para a própria administração e seus servidores; k) o Presidente não pode regulamentar lei que não lhe caiba executar; l) só matéria administrativa comporta regulamentação, ficando excluídas leis processuais, civis, penais; m) o regulamento não pode dispor sobre relações entre particulares; n) o Presidente só pode regulamentar leis da esfera da União, e nesta que sejam de âmbito do Executivo, em matéria administrativa; o) pelo regulamento o Presidente exerce seu poder hierárquico, regulando relações secundárias e formais entre os funcionários e os administrados, ou seja entre a administração e os administrados, para a prática de atos de obediência às leis.<sup>77</sup>

Sem prejuízo das notas características já indicadas, justifica-se o poder regulamentar também pela impossibilidade de que a lei faça previsão de todas as minúcias relacionadas de forma concreta à sua execução, sendo dada importância ainda à nota de indispensabilidade da existência da lei para que seja possível a edição do regulamento, pois de certa forma a legalidade acaba funcionando como espécie de “habilitação” à edição do ato normativo secundário,<sup>78</sup> embora esta interpretação não esgote o entrelaçamento existente entre o poder regulamentar e o princípio da legalidade.

Anna Cândida da Cunha Ferraz faz ainda a distinção entre limites *específicos* e *gerais* ao poder regulamentar: limites *específicos* teriam conteúdo material no sentido de que os regulamentos não podem violar os parâmetros fixados pela lei regulamentada, sob pena de vício de ilegalidade; enquanto os limites *gerais* reportar-se-iam à própria teoria da separação dos poderes, reduzindo-se destarte a conteúdo formal relacionado ao próprio fundamento ou fonte (constitucional) do exercício do poder, configurando sua violação vício de inconstitucionalidade.<sup>79</sup>

Em suma, não há dúvida que segundo os doutrinadores brasileiros de todos os tempos, a lei cria o direito e o regulamento delimita-o,<sup>80</sup> cabendo-lhe por em execução a lei guardando com relação a ela plena fidelidade.<sup>81</sup>

## 8. Comparação jurídica: os regulamentos na Itália e na França.

Uma breve referência a outros sistemas jurídicos, sem a pretensão de exame exauriente, ganha relevo na medida em que propicia a constatação de que o

<sup>76</sup> Mello, *Curso...* p.307/312.

<sup>77</sup> Ataliba, Geraldo, “Decreto regulamentar no sistema brasileiro”, cit., p.32/33.

<sup>78</sup> Nesse sentido: Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, cit., p.135/136 e 146/146; Ferraz, Anna Cândida da Cunha, *Conflito entre poderes*, cit., 68/73.

<sup>79</sup> Ferraz, *Conflito...* p.74/76.

<sup>80</sup> Dantas, F. C. de San Tiago, “Poder regulamentar das autarquias”, cit., p.209.

<sup>81</sup> Campos, Francisco, “Lei e regulamento. Matéria reservada à competência do poder legislativo. Limites do poder regulamentar. Direitos e garantias individuais”, cit., p.76.

debate a respeito dos limites do poder regulamentar tem historicamente suscitado discussões em outros ordenamentos, bem como por permitir uma visualização do estágio evolutivo do sistema brasileiro, inserindo-o de no contexto mais abrangente do direito comparado.

Com esta finalidade não se pode olvidar do exame, ainda que perfunctório, do sistema constitucional francês, que prevê uma amplitude maior para a edição dos regulamentos, em que pese sua inserção dentro dos países que se vinculam ao sistema de *civil law*.

Pode-se até arriscar afirmar que pela Constituição em vigor na França desde 1958, apelidada de “gaulista” em referência feita a Charles de Gaulle, identifica-se possivelmente o limite mais extremo e liberal no que atine aos limites e possibilidades no exercício do poder regulamentar. Tal asserção parte do fato de que naquela Carta há expressa previsão de matérias que são reservadas à atuação do poder normativo independente da administração pública, que nesse sistema concorre em condições hierárquicas de igualdade com as matérias que são reservadas à atuação da lei.

Identifica-se então, deste modo, aquilo que pode ser denominado de “*princípio de reserva regulamentar*” ou “*âmbito material reservado dos regulamentos*”, fornecendo-se aí o campo propício para a edição dos denominados regulamentos autônomos, que tanto quanto a lei formal podem inovar no ordenamento jurídico criando direitos e deveres, instituindo situações jurídicas absolutamente novas, sem que haja necessidade (ou mesmo possibilidade) de lei prévia. Isso na medida em que nesse quadro o regulamento manifesta-se em pé de igualdade e com os mesmos escopos que a própria lei formal.<sup>82</sup>Disso decorre uma evidente redução do campo de atuação da lei.

Verifica-se assim um exemplo extremo de liberalidade quanto à configuração e exercício do poder regulamentar, absolutamente diversa da situação atualmente sistematizada no ordenamento brasileiro.

Já no que pertine ao ordenamento jurídico italiano, a doutrina aponta para variações quanto à liberalidade concedida para a edição de regulamentos com períodos de maior discricionariedade e até mesmo clara adoção de regulamentos independentes, posterior recrudescimento das proibições, e em período mais moderno a relativa admissibilidade de regulamentos dotados de certa independência por força de delegação legislativa.<sup>83</sup>

Assim, já na vigência da Lei nº100 de 1926 houve uma delimitação do campo do poder regulamentar do governo, determinando-se que os regulamentos tivessem seu campo de atuação destinado a: a)execução das leis; b)uso de faculdades inerentes ao próprio Poder Executivo; c)organização e funcionamento da administração do Estado, ordenamento do pessoal a este vinculado e dos entes e institutos públicos.<sup>84</sup>Mas

<sup>82</sup>Nesse sentido: Enterría, *Legislación*...p.108; Enterría e Fernandez, *Curso*...p.200, 216 e 258; Abreu, *Sobre os regulamentos*...p.63/66; Canotilho, *Direito*...p.777/780, que reconhece a existência dos regulamentos autônomos na França, para em seguida negá-los no ordenamento português.

<sup>83</sup> Carlassare, Lorenza, “Regolamento” (diritto costituzionale), *Enciclopedia del diritto*, v. XXXIX cit., fala claramente da possibilidade, à época da vigência do “estatuto albertino”, de que monarca editasse diretamente regulamentos com força de lei sem a necessidade de prévia autorização legal (p.617), e que posteriormente houve um refreamento desta faculdade concedida ao Poder Executivo.

<sup>84</sup> Carlassare, “Regolamento”...p.619.

mesmo com este diploma continuou havendo espaço para a edição de regulamentos independentes, ainda que controvertida sua natureza bem como a constitucionalidade de dispositivos da referida lei, motivo pelo qual respeitável doutrina taxou-a de “*fascistissime*”, em clara referência ao momento político no qual no qual vigorou.<sup>85</sup>

Esta situação a princípio teria sido modificada a partir da edição da atual Constituição Italiana, vigente desde 1947, na medida em que na Carta ficou adotado de forma clara o princípio da legalidade e da reserva legal, conferindo-se-lhe ainda o caráter rígido no sentido de que qualquer modificação de seu texto dependeria de um procedimento legislativo distinto daquele geral utilizado para a edição de leis.<sup>86</sup>

Mesmo assim identifica-se a possibilidade de certa liberdade no exercício do poder regulamentar, falando a doutrina inclusive em “*delegificazione*”, na medida em que a Constituição italiana estabelece, em seu art.76, a possibilidade de concessão de delegação de maior poder normativo ao Executivo com os denominados regulamentos delegados.<sup>87</sup> São também claramente admitidos os regulamentos de organização interna da administração, aos quais acaba sendo reconhecida certa discricionariedade e liberdade, sem entretanto macular o princípio da legalidade.<sup>88</sup>

Identifica ainda a doutrina italiana a existência de regulamentos praticamente autônomos, quais os regulamentos dos órgãos administrativos independentes e os regulamentos regionais. Quanto aos primeiros, apresentam-se como fruto de desenvolvimento de órgãos dotados de certa independência com relação à administração pública e aos ministérios, de forma similar às agências reguladoras do direito norte-americano e aos entes independentes do sistema francês, possuindo personalidade jurídica própria e a faculdade de editar atos normativos de conteúdo geral para a disciplina dos problemas do setor respectivo, e portanto incidentes em matéria de direito privado. Quanto aos últimos (regionais), decorrem da própria configuração do Estado Italiano com regiões autônomas, ressaltando a doutrina contudo que tais atos normativos são mais assemelhados às leis em sentido formal, seja em razão de seu conteúdo, seja ainda em razão do órgãos legitimados para sua edição, colegiados ou parlamentos regionais,<sup>89</sup> quais sejam as Juntas regionais ou os Conselhos regionais.<sup>90</sup>

A já anotada tendência à mitigação do princípio da legalidade com a concessão de campo próprio ao poder regulamentar, referida pela doutrina italiana como “*delegificazione*”, acabou sendo confirmada recentemente pela Lei nº400 de 1988. Tal

<sup>85</sup> A respeito v: Pizzorusso, *Manuale...*, p.92 e 596; Giannini, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, cit., p.344/347.

<sup>86</sup> Carlassare, “Regolamento”...p.620/621.

<sup>87</sup> Nesse sentido: Carlassare, “Regolamento”..., p.624/626; Giannini, Massimo Severo, “Regolamento” (in generale), *Enciclopedia del diritto*, v. XXXIX, cit., p.603. O art.76 da Constituição italiana estabelece que “*L’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetto definitivi*”. Referido dispositivo nos faz pensar no art.68 da Constituição brasileira de 1988, que prevê a possibilidade da delegação legislativa ao Presidente da República, que edita, com base em resolução do Congresso Nacional Leis delegadas, que em verdade são fruto do poder de legislar extraordinariamente atribuído ao Poder Executivo brasileiro, e não de poder regulamentar. Todavia, em que pese a similitude entre o art.68 da CF/88 e o 76 da Constituição italiana, a doutrina deste último País trata do tema como hipótese de exercício de poder regulamentar.

<sup>88</sup> Carlassare, “Regolamento”...p.628.

<sup>89</sup> Giannini, “Regolamento”...p.603/604. O Autor cita como exemplo de regulamentos editados por órgãos administrativos independentes aqueles oriundos da CONSOB (Commissione nazionale per le società e la borsa) e ISVAP (Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private). No sentido do caráter excepcional concedido pela Constituição aos regulamentos independentes ou autônomos das regiões, Pizzorusso, *Manuale...*p.597.

<sup>90</sup> Cfr. Paladin, *Diritto...*, afirmando que a primeira solução (competência regulamentar das juntas regionais) foi adotada na Sicília, Trentino-Alto Adige e Friuli-Veneza, enquanto a segunda (competência dos Conselhos) foi a esponsada nas demais regiões (p.231/232).

diploma estabeleceu a possibilidade de edição de atos normativos pelo Executivo que vão bem além dos meros regulamentos de execução das leis.

Há previsão de regulamentos para atuação e integração de leis e decretos legislativos que tragam meros princípios (*standarts*), excluídos aqueles em matéria da competência das regiões. Isto deu margem a uma repartição de competência normativa por tipo de disciplina que ficou a meio caminho da distinção entre, de um lado o binômio formado pela lei de delegação e o decreto delegado, e de outro a hipótese geral de um regulamento editado para a execução de qualquer lei. Além disso o referido diploma legal traz a faculdade de publicação de regulamentos destinados a disciplinar matérias em que falte disciplina legal ou de atos que tenham força de lei, desde que não se trate de matérias protegidas pelo princípio da reserva legal, o que acabou sendo compreendido pela doutrina como clara aceitação dos regulamentos independentes.<sup>91</sup> Ficou ainda admitida a eventualidade de edição de regulamentos de organização, do mesmo modo como eram previstos na antiga Lei nº100 de 1926, bem como de regulamentos delegados, em que pese a controvérsia identificada a respeito da existência e do conceito desta categoria.<sup>92</sup>

Saliente-se contudo que mesmo os regulamentos independentes com relação a matérias em que falte disciplina legal não têm o condão de impedir a edição de lei a respeito do tema regulamentado. Pelo que parece, a lei acabará prevalecendo podendo, se editada posteriormente, na prática revogar o ato normativo editado pelo Executivo. Isto indica que em verdade não há o reconhecimento, no ordenamento italiano, de um verdadeiro princípio de *reserva regulamentar* semelhante ao que ocorre no sistema francês.<sup>93</sup>

A doutrina admite também que os atos normativos de alguns órgãos com assento constitucional e autonomia são independentes, figurando como fontes normativas primárias no ordenamento italiano, destarte colocados em situação semelhante à da própria lei. São destinados disciplinar seu funcionamento, a organização e o exercício de prerrogativas específicas. É o caso dos regulamentos das duas Casas parlamentares, da Presidência da República, e da Corte Constitucional<sup>94</sup>, havendo inclusive quem sustente que, nesta hipótese, a Constituição italiana estabeleceu uma “*reserva de regulamento*”.<sup>95</sup>

De toda forma, parece insuperável a advertência de que os limites ao poder regulamentar naquele ordenamento são claros, derivando do princípio da legalidade e da reserva de lei, com especial atenção, limitação e proteção para situações que dependem de lei formal, como: medidas restritivas das várias liberdades garantidas pela Constituição ou mesmo direitos subjetivos públicos individuais ou de formações sociais; introduzir novos impostos ou novas obrigações de serviço militar; tipificar novos crimes ou cominar sanções penais; além de não poderem os regulamentos ter eficácia retroativa e devendo retratar normas de conteúdo geral.<sup>96</sup>

<sup>91</sup> Nesse sentido: Pizzorusso, *Manuale...*p.600, Ruffia, Paolo Biscaretti di, *Diritto costituzionale*, cit., p.551/553.

<sup>92</sup> Nesse sentido: Pizzorusso, *Manuale...*p.600; e D’Agostino, Filoreto, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p.30.

<sup>93</sup> D’Agostino, *Manuale...*, faz esta ressalva embora não negue expressamente a ausência de um princípio da reserva de matéria regulamentar. Mas seu raciocínio leva invariavelmente à conclusão tirada no texto acima (p.28/29).

<sup>94</sup> D’Agostino, *Manuale...*, cit., p.8.

<sup>95</sup> V.g. Paladin, *Diritto...*p.199/202.

<sup>96</sup> A indicação tem caráter exemplificativo, tendo sido feita por Ruffia, *Diritto...*(554), com remissão a vários dispositivos da Constituição italiana que refletem a adoção da reserva legal: Parte I da Const. *passim* (que tem a rubrica “*direitos e deveres dos cidadãos*”); art.23 e art.25.



### 9.No Brasil: mitigação da legalidade e tendência à “regulação”?

De algum tempo a esta parte, vem sendo observado o fenômeno do surgimento e fortalecimento das denominadas “agências reguladoras”, cuja configuração estrutural e amplitude de poderes, ao que parece, ainda não estão bem definidos ou sistematizados na doutrina.

De forma sintética, o que se observa é que por força de duas emendas constitucionais a CF/88 passou a fazer expressa referência à sua existência, ao utilizar a expressão “*órgão regulador*” em preceitos que foram posteriormente complementados por lei. Houve ainda o surgimento de outras agências por obra da atividade normativa do legislador infraconstitucional.

Deste modo, a denominada ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo) possuem atualmente fundamento constitucional.<sup>97</sup> Afora estas duas, por lei foi criada outra agência, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), e ao que tudo indica este procedimento será novamente adotado como opção política do Poder Executivo diante da necessidade de estruturação de uma nova forma de administração que seja apta a enfrentar a complexidade e rapidez no surgimento e mutação dos problemas no mundo atual.<sup>98</sup>

Não há dúvida que o tema relacionado à existência e configuração das agências reguladoras é mais amplo que o estudo do poder regulamentar. Todavia este último se insere naquele, na medida em que não é possível fugir a indagações como (a) se as agências reguladoras possuem poder regulamentar, e (b) quais os limites deste poder; o que acaba por remeter ao objeto deste estudo.

Em outros termos: teria a Constituição, por meio das emendas que estabeleceram a previsão das agências reguladoras, mitigado o princípio da legalidade? Admite atualmente nosso ordenamento constitucional positivo a edição de regulamentos autônomos? Estes poderes ampliados são concedidos a todas e quaisquer agências que venham a ser criadas por lei, ou só àquelas que tenham fundamento constitucional?

A resposta a estas perguntas é que vai permitir a reconstrução dogmática dos limites ao poder regulamentar no ordenamento brasileiro em vigor.

Não se pode olvidar que até antes do advento da CF/88 havia expressa previsão constitucional no sentido de concessão de poderes normativos praticamente autônomos, de caráter regulamentar, ao Poder Executivo, pois de acordo com o art.81 V da CF/67, era competência privativa do Presidente da República “*dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal*”.

Tanto assim que o art.25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88 revogou, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, todos os dispositivos que concediam ao Poder Executivo competência

<sup>97</sup> Respectivamente o art.21 XI alterado pela EC nº08/95, e o art.177 §2º III, com a redação dada pela EC nº09/95.

<sup>98</sup> Di Pietro, *Parcerias...*, anota que “*não existe uma lei específica disciplinando as agências; elas estão sendo criadas por leis esparsas, como as de nº9427/96, 9472/97 e 9478/97, que instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a Agência Nacional do Petróleo – ANP. As duas únicas que têm fundamento na Constituição são a ANATEL e a ANP*”(p.131).

assinalada pela nova Carta ao Legislativo, especialmente quanto à “ação normativa”, sendo conferida entretanto a possibilidade de prorrogação destas competências por lei.<sup>99</sup>

Daí a correção da asserção no sentido de que no ordenamento constitucional brasileiro atual não se admitem os regulamentos independentes ou autônomos, como fonte primária do direito e desvinculados de qualquer lei, fora dos limites decorrentes do princípio da legalidade e da reserva legal.

Entretanto, as modificações relacionadas ao surgimento das agência reguladoras, à primeira vista, dão a impressão de que a idéia limitadora fundamental consignada no parágrafo anterior estaria sendo legitimamente mitigada, fenômeno que poderia ser denominado de “deslegalização”. Dito de outro modo, estaria havendo uma redução do espectro de incidência do princípio da legalidade, com ampliação das possibilidades decorrentes do exercício do poder regulamentar.

Todavia, com o devido respeito àqueles que professem tal entendimento, ele não parece resistir a uma análise sistemática da Constituição.

Recorde-se a propósito que a hermenêutica não se contenta com a análise simplesmente literal das normas, sendo mais adequada a exegese das normas fundada concomitantemente em vários critérios de interpretação.<sup>100</sup> Ademais, a interpretação da Constituição apresenta peculiaridades que decorrem de seu próprio caráter, como texto supremo na hierarquia das normas e repleto de princípios que servem de parâmetros à formação e correta compreensão de todo o ordenamento. Daí os postulados que devem reger a hermenêutica constitucional, apontados por prestigiosa doutrina como: a supremacia da Constituição; a sua unidade; a busca da maior efetividade possível; e a harmonização.<sup>101</sup>

É evidente contudo que não se pode perder de vista que há limites ao poder constituinte derivado de reforma, entre eles os denominados limites materiais ou cláusulas pétreas da Constituição. Entre estes, há um bem claro: não será admitida proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais.<sup>102</sup>

Ora, o princípio da legalidade foi inserido pelo constituinte entre os direitos fundamentais<sup>103</sup>, e o poder regulamentar que foi inicialmente concedido exclusivamente, no governo, ao chefe do Poder Executivo, tem a finalidade restrita de “expedir decretos e regulamentos para sua (da lei) fiel execução”.<sup>104</sup> Estes dispositivos, analisados de forma sistemática, já seriam suficientes para concluir que: a) o princípio da

<sup>99</sup> Observação feita por Di Pietro, *Parcerias...*p.142.

<sup>100</sup> Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., afirma que os métodos de interpretação devem ser utilizados conjuntamente, advertindo em clássica lição que “no meio termo está a virtude: os vários processos complementam-se reciprocamente, todos os elementos contribuem para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça... todos os exageros são condenáveis; nenhum exclusivismo se justifica.”(p.127).

<sup>101</sup> Bastos, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, cit., p.99/107.

<sup>102</sup> Cfr. Art.60 §4º IV da CF/88.

<sup>103</sup> Cfr. Art.5º II da CF/88.

<sup>104</sup> Cfr. Art.84 IV da CF/88.

legalidade é cláusula pétrea e não pode ser objeto de emenda constitucional tendente a minimizá-lo<sup>105</sup>; b) não há entre nós regulamentos autônomos da administração.

Estas afirmações têm relevância concreta. Basta recordar que tais agências de existência recente têm editado atos normativos que extravasam aquilo que a doutrina pacificamente denomina de regulamentos de execução das leis - que nada inovam no ordenamento mas só estabelecem procedimentos e peculiaridades para a aplicação da norma originária -, passando a editar regulamentos de organização, relativos a particulares que se encontram em especial relação de sujeição quanto à Administração.<sup>106</sup> Quanto aos regulamentos de organização, muitas vezes têm sido editados extrapolando a regulação do serviço e as atividades das pessoas e entidades em vínculo de especial sujeição com a administração (v.g. concessionários, delegatários ou permissionários de serviços públicos), atingindo terceiros que são usuários destes serviços e afetando de modo indevido seu patrimônio jurídico.

Duas perguntas cabem aqui, que reconduzem o estudo àquelas indagações consignadas no início deste item: a) estes regulamentos que criam obrigações para terceiros são legítimos?; b) podem as agências editá-los?

A primeira pergunta, em termos gerais, já tem sua resposta evidenciada pelo quanto se declinou linhas atrás: não existem entre nós regulamentos autônomos, que criam direitos, deveres ou obrigações, inovando naquilo que o legislador não positivou no ordenamento.

A essa conclusão se aporta com a simples observação de que o princípio da legalidade é cláusula pétrea, e não pode ser abolido ou mitigado por emenda constitucional. Aliás, nenhuma emenda criou claramente qualquer espécie de poder regulamentar independente. Sequer poderia fazê-lo, sob pena de evidente inconstitucionalidade. As que estabeleceram a previsão constitucional de “órgãos reguladores”<sup>107</sup> remeteram sua regulamentação ao legislador ordinário, que também não poderia desconsiderar os preceitos constitucionais.

Deste modo, os regulamentos que podem ser editados atualmente, no ordenamento nacional, são aqueles tradicionalmente reconhecidos como válidos, quais sejam os regulamentos de execução e os de organização, estes últimos dirigidos àqueles que se encontrem em especial relação de sujeição quanto à administração, sem jamais impor deveres ou obrigações a terceiros em geral.<sup>108</sup>

Esta conclusão é fruto da interpretação adequada das referidas emendas, de conformidade com a Constituição, pois conclusão diversa implicaria no reconhecimento da inconstitucionalidade das emendas ou de leis que concedessem poder regulamentar autônomo ou independente às ditas agências.<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Não há vedação apenas de emendas que venham a abolir aqueles preceitos, sendo suficiente, para o reconhecimento da incidência da limitação, que a proposta objetive a mitigação do conteúdo constitucionalmente garantido. Nesse sentido: Silva, *Direito...*(p.69); Canotilho, *Direito...*, reconhece as idéias acima, afirmando a pertinência da vedação de “alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta” (p.995).

<sup>106</sup> Para uma visão mais completa da distinção, v.: Di Pietro, *Parcerias...*p.141; Abreu, *Sobre os regulamentos...* p.62/117, Enterria e Fernandez, *Curso...*p.225/234.

<sup>107</sup> As EC nº08/95 e 09/95, que alteraram a redação dos art.21 XI e 177 §2º III da CF/88.

<sup>108</sup> Di Pietro, *Parcerias...*p.147.

<sup>109</sup> Anote-se que a técnica da “interpretação conforme à Constituição” era reconhecida pacificamente pela doutrina especializada, e recentemente acabou sendo expressamente adotada pelo art.28 parágrafo único da Lei nº9868/99, que

Ademais, se qualquer emenda constitucional concedesse poder regulamentar autônomo ao Presidente da República ou mesmo a órgãos da administração direta ou indireta, poder-se-ia afirmar a violação de um preceito fundamental da Constituição, qual seja a separação de poderes<sup>110</sup>

Quanto à segunda pergunta, i. é se podem as agências editar regulamentos, é necessário estabelecer uma distinção. O poder regulamentar a princípio é conferido exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, como já mencionado anteriormente.

Ora, tendo a própria Carta atribuído ao Chefe do executivo, *com exclusividade*, o exercício do poder regulamentar,<sup>111</sup> torna-se evidente que esta potestade não pode, por lei, ser delegada a outro órgão da administração. Anote-se aliás que a própria Constituição veda tal delegação, na medida em que estabelece claramente as poucas hipóteses em que o Presidente da República pode delegar atribuições a Ministros de Estado, Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União, e entre elas não se encontra o exercício do poder regulamentar.<sup>112</sup>

A *contrariu sensu*, pode-se concluir que só mesmo por emenda constitucional é possível a atribuição de função regulamentar, inicialmente exclusiva do Chefe do Executivo, a outro órgão da administração.

Daí, tornando à indagação acima – se podem as agências editar regulamentos -, a conclusão será de que só aquelas que tenham previsão constitucional poderão fazê-lo.<sup>113</sup>

Em síntese: não são admitidos regulamentos autônomos no direito brasileiro, e as recentes emendas constitucionais criaram a possibilidade de outorga de poder regulamentar exclusivamente aos órgãos (agências) reguladores que passaram a ser previstos na própria Carta. Houve mera delegação constitucional de poder regulamentar a estes órgãos, e só a eles. O legislador infraconstitucional não pode estabelecer similar previsão.

#### **10. Conclusões: reconstrução dogmática dos limites ao poder regulamentar no direito brasileiro.**

A síntese relacionada ao tema proposto neste estudo, com relação ao direito constitucional positivo brasileiro, poderia ser feita de forma simplista e genérica de sorte a abranger todas as idéias desenvolvidas anteriormente com duas simples proposições: a) os limites do regulamento decorrem da legalidade, i. é da lei e do princípio da reserva legal; b) a titularidade do poder regulamentar concentra-se exclusivamente, a

dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. Nesse sentido: Mendes, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, cit., p.221/228 e 268/276.

<sup>110</sup> Cfr. Art.2º da CF/88. Sobre o conceito de “preceito fundamental”, Mendes, Gilmar Ferreira, “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”, cit., p.128/131, e Moraes, Alexandre, “Comentários à lei nº9882/99”, cit., p.17, ambos estudos em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº9882/99*, cit..

<sup>111</sup> Cfr.84 IV da CF/88.

<sup>112</sup> Cfr. Parágrafo único do art.84 da CF/88.

<sup>113</sup> Di Pietro, *Parcerias...*p.147.

princípio, no chefe do Poder Executivo, pois os demais órgãos e entidades da administração pública só podem editar regulamentos internos ou “domésticos” (salvo o caso das agências reguladoras que tenham existência prevista na Constituição Federal, para as quais houve delegação constitucional da titularidade do poder regulamentar)<sup>114</sup>.

Entretanto, embora as proposições sintéticas acima sejam bastante abrangentes para captar toda a carga valorativa implícita que o assunto pode ensejar, parece oportuno buscar sistematizar também de modo analítico as mesmas idéias, detalhando-as na medida do necessário para sua perfeita compreensão.

Nesse desiderato parece útil trazer a lume, mais uma vez, a lição de Enterría<sup>115</sup>, que sem demérito aos demais autores mencionados e até mesmo outros porventura esquecidos em face dos limites naturais da pesquisa, teve o mérito de restabelecer a sistematização mais clara possível sobre os limites ao exercício do poder regulamentar.

Assim, buscando aplicar aquela lição ao sistema nacional, poderíamos identificar limites *formais* e *substanciais* aos regulamentos, em decorrência do próprio texto constitucional e do ordenamento legal em vigor.

No aspecto formal, teremos limites relacionados a: *competência*, *hierarquia*, e *procedimento de elaboração*.

Sobre a *competência*, vale recordar que os regulamentos, como fontes normativas secundárias em razão da inexistência de atos regulamentares autônomos no direito nacional, devem emanar exclusivamente do Presidente da República, a quem a Constituição atribuiu a competência privativa em matéria regulamentar.<sup>116</sup>

Ora, se a própria Carta estabelece que as atribuições do Chefe do Executivo são exclusivas, significa que não é possível a delegação fora das hipóteses que ela mesma previu, quais sejam: a) delegação pelo próprio Presidente de regulamentos de organização e funcionamento da administração federal, concessão de indulto e comutação de penas, provimento e extinção de cargos públicos federais;<sup>117</sup> b) edição de regulamentos de execução e organização pelas agências reguladoras que tenham previsão na própria CF/88.<sup>118</sup>

Fora desses casos, qualquer delegação de poder regulamentar pelo Presidente da República ou mesmo por lei seria inconstitucional, por violar a disciplina constitucional da matéria, que atribuiu tal função em caráter exclusivo ao Chefe do Executivo.

Note-se também, ainda quanto à competência, que os demais entes ou órgãos da administração federal, ainda que de primeiro escalão, como os Ministérios, têm atribuição de expedir meros regulamentos domésticos, de validade simplesmente

<sup>114</sup> A questão foi examinada no item anterior.

<sup>115</sup> Colacionada no item 5 deste estudo.

<sup>116</sup> Cfr. art.84 IV da CF/88.

<sup>117</sup> Cfr. art.84 parágrafo único da CF/88.

<sup>118</sup> Cfr.21 XI e 177 §2º III da CF/88.

interna e para fins de execução de leis e decretos já editados,<sup>119</sup> função que não se confunde com o poder regulamentar do Presidente da República.

Sobre a *hierarquia normativa*, dois aspectos devem ser considerados: a) a hierarquia geral das leis em relação aos regulamentos; b) a hierarquia dos regulamentos entre si.

É evidente que a Constituição brasileira é rígida, e estabelece um sistema hierarquizado de normas. Isso na medida em que a modificação da Carta depende de emenda aprovada em quatro turnos por três quintos dos votos de cada uma das casas do Congresso Nacional, a aprovação de leis complementares depende de maioria absoluta, e a de leis ordinárias de maioria simples.<sup>120</sup>

Dentro desse sistema normativo escalonado, no ápice do qual se encontra a Carta Magna, os demais atos normativos primários e secundários devem localizar-se de forma seqüencial, respeitando os limites decorrentes da necessidade de adequação dos atos inferiores ao superiores. Isto significa na prática que assim como as leis devem apresentar conformidade ao texto da Constituição, os regulamentos também devem amoldar-se aos parâmetros da própria Carta e das leis em geral.

Não se pode contudo olvidar que entre os próprios regulamentos é imperativa a observância da hierarquia normativa. Basta recordar que, como princípio geral, só o Chefe do Executivo possui verdadeiro poder regulamentar, e que os demais órgãos da administração como v.g. os Ministérios podem editar meros regulamentos subalternos de valor interno, destinados à prover a execução das leis e decretos Presidenciais. Daí a indispensável obediência aos atos normativos que lhe são superiores na estrutura escalonada das normas.

Quanto ao *procedimento de elaboração* é importante observar que diferentemente do que se verifica em outros Países, em que há verdadeiros Códigos de procedimentos administrativos destinados a substanciar o princípio do devido processo legal no *iter* administrativo, particularmente quanto à edição de regulamentos, não há no Brasil uma lei geral que estabeleça semelhante disciplina.

É oportuno notar que em ordenamentos onde há previsão de Leis de procedimentos administrativos<sup>121</sup> são disciplinadas até mesmo as oportunidades, momentos e formas de participação popular e de grupos interessados no procedimento de formação do ato regulamentar. Isto faz com que se tenha verdadeira possibilidade de edição de normas de certa forma consensuais e revestidas de maior legitimidade e adequação à resolução dos problemas a que são destinadas. Isso contribui também para tornar transparente a ação de eventuais *lobbies*, permitindo o reconhecimento e identificação clara de sua configuração e objetivos.

Ora, em nosso sistema não há semelhante norma de caráter geral regulando a questão, nada obstante ultimamente tenha sido eventualmente verificada a concessão da possibilidade de participação de segmentos interessados no processo de

<sup>119</sup> Cfr. art.87 parágrafo único II da CF/88, que atribuiu aos Ministros “*expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos*”.

<sup>120</sup> Cfr. art.60 §2º, 69 e 47.

<sup>121</sup> Vg.: na Espanha (v. Enterría e Fernandez, *Curso...passim*), na Itália, na França e nos Estados Unidos.

formação de leis e regulamentos<sup>122</sup>. Assim, não se pode falar em verdadeiro procedimento administrativo sob o aspecto formal, mas simplesmente informal.

Todavia, mesmo assim é possível observar em nosso direito pelo menos um requisito formal de procedimento imprescindível para a validade dos atos regulamentares editados pela Administração, qual seja a adequada publicidade.

Oportuno recordar que o princípio da publicidade figura não só como elemento indispensável aos atos administrativos, mas também como princípio fundamental para a validade e regularidade da atividade da administração, inclusive a normativa. Há nesse sentido claras previsões na Constituição Federal.<sup>123</sup>

Deste modo, a edição do regulamento deve ser revestido da adequada publicidade, que se materializa pela publicação do ato normativo pelo repertório oficial ou não utilizado pela administração (Diário oficial ou periódico que seja encarregado de dar publicidade aos atos do Governo), o que aliás funciona não só como requisito de validade dos atos mas também como pressuposto de sua exequibilidade e obediência geral, por tornar factível a presunção de conhecimento, por parte de todos os cidadãos, da existência e conteúdo dos atos normativos em vigor.

No aspecto *material* ou *substancial*, podem ser identificados os seguintes limites ou pressupostos dos regulamentos: a)respeito aos princípios gerais do direito; b)controle de legitimidade; c)irretroatividade.

O primeiro e talvez mais importante limite material é a necessidade de respeito aos *princípios gerais do direito*. A idéia aqui deduzida não deve ser entendida de forma limitada. Utilizando uma expressão que vem sendo empregada a respeito do tema, poder-se-ia afirmar que os regulamentos devem observar o “bloco de legalidade”<sup>124</sup>, o que abrange o direito constitucional e infraconstitucional positivo (Constituição e leis em vigor), mas também os princípios gerais do direito em sentido estrito. Note-se que a conformidade dos regulamentos não deve ser apenas aos princípios constitucionais expressos, mas também àqueles existentes de modo implícito. Disso é exemplo claro e aceito pacificamente o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, acolhido tanto na jurisprudência como na doutrina.<sup>125</sup> Nesse particular exemplo, basta afirmar que leis ou regulamentos que estabeleçam encargos ou obrigações despropositados com os fins a serem alcançados serão notoriamente ilegítimos, devendo sua inconstitucionalidade ou ilegalidade ser reconhecida judicialmente.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Tem sido veiculado pela imprensa constantemente a opção de determinadas administrações, em todos os níveis da Federação, pela concessão da oportunidade de participação popular nos procedimentos de elaboração normativa, do que são alguns exemplos: os orçamentos participativos, o envolvimento de entidades ambientais na elaboração de leis e regulamentos relacionados ao meio ambiente (Lei de mananciais, Lei de Infrações contra o Meio Ambiente e sua regulamentação), leis e regulamentos relacionados ao uso e ocupação do solo urbano (Estatuto das Cidades e sua regulamentação), entre outros que poderiam ser mencionados.

<sup>123</sup> Cfr. v.g. art.37 *caput* da CF/88.

<sup>124</sup> Nesse sentido: Enterría e Fernandez, *Curso...passim*; Abreu, *Sobre os...passim*; Canotilho, *Direito...passim*.

<sup>125</sup> Nesse sentido: Enterría e Fernandez, *Curso...passim*; Abreu, *Sobre os...passim*; Canotilho, *Direito...passim*.

<sup>126</sup> Sobre o conteúdo e dimensão do princípio da proporcionalidade, v. Canotilho, *Direito...p.261/267*; sobre seu emprego na avaliação da legitimidade dos regulamentos v. Enterría e Fernandez, *Curso... p.215/219*; sobre sua aceitação pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, v. Moraes, *Direito...p.85 e passim*.

Dito de outro modo, os regulamentos devem conformar-se ao direito em vigor em nosso ordenamento, para que seja atendido seu essencial limite material.

Desta idéia de conformidade ao direito decorre outro limite material, qual seja a possibilidade de *controle de legitimidade* do ato normativo da administração.

Ora, se há parâmetros formais e materiais para o exercício do poder regulamentar, é evidente a necessidade eventual de aferição caso a caso quanto à observância destes aspectos. E quando se fala em controle de legitimidade, deve-se ter em mente tanto a aferição da *legalidade* como da *constitucionalidade* do regulamento.

É evidente que como regra em nosso sistema admite-se a princípio apenas o controle de legalidade, pois se os regulamentos devem subordinar-se à leis, estas é que figuram como parâmetro do exame da adequação do ato normativo. Não se pode dispensar entretanto, ainda que de forma excepcional, a possibilidade de exame de constitucionalidade dos regulamentos quando na prática tenham a conotação de atos normativos autônomos, que violem diretamente a Constituição Federal.<sup>127</sup>

Como último aspecto formal merece destaque a *irretroatividade* dos regulamentos. Assim como ocorre com relação às leis,<sup>128</sup> quanto aos regulamentos deve valer o princípio da irretroatividade prejudicial, na medida em que estes atos normativos não devem retroagir para alcançar, de forma maléfica, situações já consumadas nas relações existentes entre os cidadãos em geral e a administração.

Ainda que no caso concreto não seja possível falar-se na existência de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou mesmo coisa julgada em matéria administrativa<sup>129</sup>, se determinados atos foram praticados de conformidade com o modelo regulamentar previsto ao tempo de sua realização, a edição de regulamento posterior não pode ter o condão de invalidar o que foi implementado de forma válida e adequada à norma contemporânea, sob pena de causar ao particular atingido prejuízo que não lhe deve ser carreado. Daí a irretroatividade regulamentar.

Finalizando, cumpre consignar uma observação ao cabo do estudo aqui desenvolvido: não há pretensão de ditar-se a palavra final quanto ao assunto e nem mesmo de admitir que os limites indicados neste item eliminem qualquer outra idéia complementar.

Entretanto, sobre a oportunidade e utilidade da pesquisa aqui encetada, augura-se que valha pelo aspecto de sistematização, pois sem esgotar o tema tem o escopo de buscar ao menos uma planificação mais clara, que permita melhor compreensão do intrincado problema relacionado à amplitude da atuação normativa da administração pública no direito positivo brasileiro.

<sup>127</sup> É a posição do E. STF, que admite em caráter apenas eventual o controle abstrato e concentrado da inconstitucionalidade dos regulamentos por via de ação direta, criticada aliás pelo magistério autorizado de Gilmar Ferreira Mendes, que propugna solução diversa (*Jurisdição...*p.172/176).

<sup>128</sup> Cfr. art.5º XXXVI da CF/88.

<sup>129</sup> Por analogia integrativa do que dispõe o art.5º XXXV da CF/88 para o princípio da irretroatividade prejudicial das leis.



## 11. Bibliografia:

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David, e Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. *RDA* 97.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1997.

CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento: matéria reservada à competência do Poder Legislativo – limites do poder regulamentar – direitos e garantias individuais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, nº146.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª ed, 1999.

CARLASSARE, Lorenza. Regolamento (Diritto costituzionale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988, v. XXXIX.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *RDA* 219.

CHEVALLIER, Jacques. Vers um droit postmoderne? *Les transformations de la régulation juridique*. Droit e Sociétés, 1998.

D'AGOSTINO, Filoreto. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2000.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2002, 4ªed..

\_\_\_\_\_. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de, e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1991

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madri: Civitas, 1988.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: RT, 1994.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1993, 3ªed..

GIANNINI, Massimo Severo. Regolamento (problematica generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988, v. XXXIX.

\_\_\_\_\_. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993, terza edizione.

MARTIN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madri: Editorial Trotta, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 18ªed..

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2001, 5ª ed..

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994, 19ªed..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, 12ª ed..

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental à luz da Lei nº9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, 2ªed..

MORAES, Alexandre. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental à luz da Lei nº9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999, 6ª ed..

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Vital, *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1998.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1997.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. Napoli: Jovene, 1989, XV edizione.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, 13ªed..