



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O regulamento autônomo no modelo constitucional brasileiro

Daniel Galliza Simões Lorenzo Gonzalez

Rio de Janeiro
2012

DANIEL GALLIZA SIMÕES LORENZO GONZALEZ

O regulamento autônomo no modelo constitucional brasileiro

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2012

O REGULAMENTO AUTÔNOMO NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Daniel Galliza Simões Lorenzo Gonzalez

Graduado pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O presente estudo pretende analisar o debate acerca da viabilidade jurídica dos regulamentos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo da análise do modelo constitucional vigente, objetivou-se examinar as linhas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, a fim de verificar qual seria a melhor solução para a hipótese, especialmente considerando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Destarte, foram analisadas as orientações doutrinárias atualmente preponderantes e o posicionamento jurisprudencial dos tribunais nacionais, com o fito de formular uma solução fiel à base principiológica da Constituição da República.

Palavras-chave: Administrativo. Decretos. Regulamento autônomo. Modelo constitucional brasileiro.

Sumário: Introdução. 1. Considerações preliminares sobre os decretos e os regulamentos. 2. A Emenda Constitucional 32/2001. 3. O regulamento autônomo no direito brasileiro. 4. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem o objetivo de examinar a possibilidade jurídica da edição de regulamentos autônomos no modelo constitucional brasileiro, diante da necessidade de se conferir máxima efetividade às normas constitucionais, especialmente aos direitos fundamentais. A relevância é ínsita ao tema, haja vista refletir diretamente na dilação do campo de atuação do administrador público, permitindo ou negando maior liberdade de gestão do interesse público.

Cumpra examinar inicialmente todos os aspectos conceituais que recaem sobre a matéria, elucidando-se as definições e classificações tradicionalmente postas pela doutrina autorizada, bem como lançando indispensáveis notas distintivas entre diversos institutos a serem abordados pelo presente trabalho.

Adiante, insta analisar o debate doutrinário acerca da existência ou não dos regulamentos autônomos no direito brasileiro, considerando-se, para tanto, as premissas teóricas utilizadas nas diversas teses examinadas, as alterações legislativas e seus reflexos no pensamento jurídico, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Por fim, devem ser lançados apontamentos finais, com o escopo de se vislumbrar qual é a solução que melhor se compatibiliza com o modelo constitucional atualmente adotado pelo direito brasileiro.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS DECRETOS E OS REGULAMENTOS

De acordo com a doutrina clássica¹, o decreto é o instrumento jurídico que veicula os atos individuais ou atos gerais editados pelo Chefe do Poder Executivo, em qualquer âmbito federativo. Trata-se, portanto, de um conceito formal, caracterizando-se o decreto como o formato jurídico adotado exclusivamente pela autoridade máxima do Poder Executivo para disciplinar determinadas matérias inseridas na sua competência e não sujeitas à reserva de lei formal.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 233.

Nesse tear interpretativo, o eminente professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto² leciona, com habitual precisão, que a expedição de atos normativos é consequência do poder regulamentar próprio da administração pública³:

O poder regulamentar, a assim chamada faculdade reconhecida aos Chefes de Governo de baixar atos normativos, com eficácia imediatamente infralegal, está previsto, originariamente, na Constituição Federal (art. 84, IV) e, de modo derivado, nos dispositivos paralelos das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

O regulamento se coloca, por seu turno, na cúpula de uma nova hierarquia de atos, que envolve tanto os normativos como os concretos, praticados pelos demais órgãos subordinados da Administração, dispostos em escala interna própria, não importando as denominações específicas que recebam, pois não há padronização exigida.

Com efeito, a base jurídica para a expedição de atos normativos, em regra, é o exercício poder regulamentar conferido pela Constituição da República, pelas Constituições Estaduais e pelas Leis Orgânicas ao Chefe do Executivo, a fim de que este possibilite o fiel cumprimento de normas legais, instituídas mediante processo legislativo.

Todavia, importa ressaltar que José dos Santos Carvalho Filho⁴ exorta no sentido de que a produção de atos normativos por determinados órgãos diretamente com esteio na Constituição da República importa na edição de atos dotados de natureza autônoma e primária, razão pela qual desbordam do âmbito do poder regulamentar, encontrando-se no mesmo patamar hierárquico-normativo das leis promulgadas. Com isso, somente os regulamentos de execução, e não os regulamentos autônomos, teriam seu fundamento de validade no poder regulamentar típico – que seria a atuação administrativa de complementação de leis e atos análogos. Vale transcrever as lições do insuperável mestre:

É importante observar que só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação de leis, ou atos análogos a elas. Daí seu caráter derivado. Há alguns casos, todavia, em que a Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Carta e têm natureza primária; inexistente qualquer ato de natureza legislativa que se situe em

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 649.

³ Tecnicamente, adota-se a grafia “administração pública”, a fim de indicar que a expressão se refere à atividade exercida, e não à entidade orgânica que se confunde com o Poder Executivo, que, a seu turno, deve ser representado pela expressão “Administração Pública”.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47.

patamar entre a Constituição e o ato de regulamentação, como ocorre com o poder regulamentar. Serve como exemplo o art. 103-B, da CF, inserido pela E.C. 45/2004, que, instituindo o Conselho Nacional de Justiça, conferiu a esse órgão atribuição para ‘expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências’. A despeito dos termos da expressão (“atos regulamentares”), tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria Constituição, serão eles autônomos e de natureza primária, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierárquica normativa.

Tradicionalmente, a doutrina administrativista brasileira⁵ faz uma divisão da figura jurídica do decreto sob duas espécies principais: os decretos gerais e os decretos individuais. Essa classificação adota um critério substancial, que considera como nota distintiva a amplitude do conteúdo veiculado naqueles decretos.

Assim sendo, os decretos individuais são aqueles cujo conteúdo se dirige a um determinado indivíduo ou a grupo determinado de indivíduos, prestigiando situações particulares de interesse eminentemente exclusivo de um restrito rol de destinatários. São exemplos corriqueiros dessa espécie, os decretos expropriatórios, os decretos de nomeação e de exoneração de servidores.

Traçando um paralelo comum entre os decretos individuais e as ditas leis de efeitos concretos, o saudoso Hely Lopes Meirelles⁶ ensina que essas leis se equiparam àquela espécie de decreto, haja vista proverem casos específicos sem qualquer normatividade. Menciona o nobre autor, como exemplos, as leis autorizativas e aquelas que concedem isenções fiscais, lembrando que, por encerrarem matéria tipicamente administrativa, essas leis podem ser impugnadas diretamente pelas vias judiciais comuns (ação ordinária) ou especiais (mandado de segurança e ação popular).

Por sua vez, os decretos gerais são aqueles que contêm regras caracterizadas por um alto grau de abstração e generalidade, dirigindo-se, da ótica subjetiva, à coletividade ou a um grupo indeterminado de indivíduos e, sob a perspectiva objetiva, disciplinando matérias de interesse comum da sociedade propriamente dita.

⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 233.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 188.

Nesse momento, impende destacar que são inconfundíveis as figuras do decreto e do regulamento. Como anteriormente exposto, o decreto é um instrumento veicular utilizado pela Chefia do Poder Executivo para editar atos concretos ou atos gerais e abstratos, enquanto que a ideia de regulamento traduz um conceito substancial no que se refere ao conteúdo do ato normativo expedido, que seja de natureza geral e abstrata.

Assim, não obstante seja comum a utilização de tais expressões como sinônimas, na verdade, não é apropriado utilizar esses conceitos de modo fungível, tendo em vista que, em última análise, configurar-se-ia uma ambiguidade entre forma e matéria.

O ilustre administrativista Gustavo Binenbojm⁷ alerta para a distinção entre os institutos:

Como se sabe, o conceito de regulamento não se confunde com o de decreto (ou resolução, ou portaria). Com efeito, decreto é o instrumento por meio do qual a Chefia do Executivo edita seus regulamentos (e demais atos), não se confundindo a forma com o conteúdo. Assim, por meio de decretos, pode o Chefe do Poder Executivo expedir atos concretos (como, v.g., a aposentadoria de um servidor ou a declaração de utilidade pública de um imóvel) ou atos gerais e abstratos (regulamentos).

Lançadas essas considerações, insta observar que, em sede doutrinária, há uma pluralidade de classificações dos regulamentos, não existindo um consenso acerca do tema. Por exemplo, o eminente mestre administrativista Diogenes Gasparini⁸ vislumbra a existência de quatro classificações distintas quanto aos regulamentos no direito brasileiro: a) quanto aos destinatários, os regulamentos poderiam ser gerais ou especiais; b) referentemente à abrangência dos seus efeitos, haveria regulamentos nacionais e gerais; c) no que tange às entidades que os editam, configurar-se-iam em federais, estaduais, distritais ou municipais; e, d) considerando a sua posição em relação à lei, os regulamentos seriam executivos, delegados ou autônomos.

Sem embargo, o brilhante professor Gustavo Binenbojm observa a existência de duas espécies tipológicas para os regulamentos. A primeira delas dividiria o gênero regulamento

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 152.

⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

nas espécies presidencial ou setorial. O regulamento presidencial, na visão do doutrinador fluminense, teria pretensão de generalidade e maior alcance em contraposição ao regulamento setorial, que teria incidência sobre determinado setor, econômico ou social, sob regulação. A nota distintiva, portanto, seria o espectro de incidência das normas regulamentares. A segunda classificação proposta distinguiria os regulamentos em autônomos ou de execução. Na observação percuciente do referido autor, os regulamentos de execução seriam aqueles que garantiriam o fiel cumprimento das leis, sendo que, ao seu turno, os regulamentos autônomos prescindiriam de lei como fundamento de existência, tendo fulcro imediato de competência na Constituição.⁹

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ cita apenas a existência de três espécies de regulamentos, quais sejam, executivos, autônomos ou delegados, muito embora reconheça apenas a existência, no direito pátrio, do primeiro grupo de regulamentos. Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹, representando, por todos, abalizada doutrina tradicionalista do direito administrativo, diferencia o gênero regulamento nas modalidades autônoma (ou independente) e executiva, fazendo, no entanto, paralelo, entre tais modalidades, e outra classificação, que as desmembraria em regulamentos jurídicos (ou normativos) e regulamentos administrativos (ou de regulação).

Como se pode verificar, não obstante a criatividade doutrinária tenha construído inúmeras propostas classificativas aos regulamentos, uma tipologia específica encontrou resguardo uníssono entre os autores supracitados. Trata-se da classificação dos regulamentos que leva em consideração o seu fundamento de validade, de modo a designá-los como regulamentos autônomos, também denominados como independentes, ou como regulamentos executivos. Insta registrar que há quem mencione, como Diogenes Gasparini e Celso Antônio

⁹ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 155-159.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 311.

¹¹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 91-92.

Bandeira de Mello, a existência, nessa tipologia, de um terceiro grupo chamado de regulamento delegado¹².

Portanto, verifica-se que, de forma uníssona, a doutrina clássica subdivide os decretos gerais (ou regulamentos) em duas modalidades distintas: os decretos regulamentares ou de execução e os decretos independentes ou autônomos¹³.

Tal similitude no âmbito doutrinário revela a importância da tipologia em destaque para fins de exame do instituto do regulamento no direito administrativo, sendo certo que, no que tange à análise do objeto do presente trabalho, faz-se precípua o detalhamento de tal classificação, com o escopo de detidamente se observar as vicissitudes de suas notas distintivas.

Com efeito, o regulamento de execução tem por escopo a viabilizar ou facilitar a execução da legislação vigente, bem como conferir, em determinados casos, o esclarecimento da norma legal, com fulcro no art. 84, IV, “a”, da Constituição da República, com a redação conferida pela EC n. 32/01.

Há de se destacar que, diferentemente do que aduz parcela da doutrina autorizada¹⁴, deve-se reconhecer que os regulamentos de execução podem inovar (e necessariamente o fazem) na ordem jurídica. Não parece ser adequado afirmar que o papel dos regulamentos

¹² Nessa ótica, os regulamentos delegados, também denominados “autorizados” ou “habilitados”, seriam aqueles editados pela autoridade administrativa competente atendendo a comando normativo específico, relativamente à matéria reservada à própria lei. Destarte, haveria, nesse caso, uma autorização do legislador para que houvesse uma ampliação da atribuição regulamentar, subordinando-se, tal atribuição, aos limites fixados pela delegação. Ambos os doutrinadores citados, tradicionalistas, não admitem essa figura jurídica no âmbito do direito brasileiro. Nesse sentido: MELLO, *op. cit.*, p. 311- 327; e, GASPARINI, *op. cit.*, p. 176-177.

¹³ Com o objetivo de primar pelo didatismo do presente trabalho científico, optou-se por não fazer distinção entre regulamentos independentes e regulamentos autônomos. Como a singeleza deste *paper* não permitiria o aprofundamento teórico necessário à abordagem do tema, preferiu-se, com esteio na doutrina majoritária brasileira, tratar de regulamento autônomo no sentido sinônimo de regulamento independente, a fim de referenciar àquele que não possui esteio em lei formal, atuando na esfera da omissão legislativa. Nesse sentido: MELLO, *op. cit.*, p. 341-342. Todavia, imperiosa se faz a ressalva de que a adoção dessa concepção majoritária tem escopo meramente didático, cumprindo registrar que o autor aquiesce com as insuperáveis colocações de André Rodrigues Cyrino, que, em trabalho especializado, discorre apropriadamente sobre a distinção entre os regulamentos autônomos e os independentes. Confira-se: CYRINO, *op. cit.*, p. 85-106.

¹⁴ Nesse sentido: MELLO, *op. cit.*, p. 366-369.

executivos se resume à reprodução dos termos da lei paradigmática, circunscrevendo-se a uma atividade meramente repisadora do texto legal.

Assiste razão aos ensinamentos vanguardistas de Gustavo Bininbojm¹⁵ para quem sempre haverá sede para atividade criativa do poder regulamentar de execução, seja em maior ou menor grau, não sendo possível executar sem que seja criado algo novo. Ensina o doutrinador fluminense:

Neste sentido, costuma-se repetir, sem maiores reflexões, que o regulamento não pode inovar na ordem jurídica. Conforme já tivemos a oportunidade de consignar, a noção de que o regulamento não pode inovar no ordenamento jurídico deve ser tomada com cautela, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, o direito positivo brasileiro acolhe os regulamentos autônomos, que podem inovar amplamente na sua esfera de matérias constitucionalmente estabelecidas, conforme se desenvolverá adiante; em segundo lugar, mesmo os regulamentos de execução inovam de certa maneira no direito; do contrário seriam despiciendos.

(...) O que se está aqui propugnando é que a noção de regulamento de execução não pode ser circunscrita a uma atividade basicamente repetidora da lei, ou 'um mero elemento de sua execução, como um procedimento de sua aplicação', conforme defendia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Sempre, em maior ou menor medida – ressalvadas, é claro, as hipóteses de reserva de lei, notadamente a absoluta – haverá espaço para atividade criativa do poder regulamentar de execução.

Nesse passo, conclui-se que, diferentemente do que tradicionalmente se lecionava, a atividade regulamentadora, ainda que se limite a especificar e a procedimentalizar normas previstas em lei, configura atividade jurídica criativa e, por conseguinte, inovadora, já que, se assim não o fosse, inexistiria qualquer motivo para justificar a sua edição.

Dessa forma, tem-se que, embora os regulamentos autônomos e os regulamentos executivos possam ser diferenciados quanto à natureza da norma que lhes oferece o seu fundamento de validade, não parece, com a devida vênia, acertado dizer que há atividade criativa em apenas uma dessas modalidades de regulamento.

A atividade regulamentadora, por si só, projeta a ideia de criação, uma vez que a norma regulamentadora tem o condão de construir novos enlaces jurídicos, não obstante esteja limitada pelas disposições legais que lhe dão o devido suporte. Caso se admitisse a ideia de

¹⁵ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 157-158.

que o regulamento executivo nada cria, estar-se-ia diante de uma conclusão ilógica: a de que o instituto é absolutamente desnecessário, já que imitador do produto legislativo, o que, de modo algum, corresponde à realidade.

2. A EMENDA CONSTITUCIONAL 32/2001

A Emenda Constitucional nº 32/2001, dentre outras alterações, modificou o art. 84, VI, da Constituição Republicana, a fim de suprimir, de tal dispositivo, a expressão “na forma da lei”, bem como acrescentou duas alíneas ao mesmo, ampliando a competência privativa do Chefe do Executivo realizada mediante decreto. Confira-se a sua atual redação:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

As inovações trazidas pelo Constituinte reformador, por óbvio, impulsionaram novos debates doutrinários, de sorte que a doutrina de escol não tem sido unânime em definir conclusivamente o alcance e os efeitos desse dispositivo constitucional no que se refere à temática dos regulamentos.

Com efeito, há quem, no campo doutrinário, vislumbre que tal modificação possa ser mencionada como um reforço argumentativo favorável à tese que milita no sentido da existência de regulamentos autônomos no ordenamento pátrio¹⁶.

Por outro lado, há também quem defenda, influenciado pelo direito francês, que a reforma em comento implantou no Brasil a figura da “reserva de regulamento” em contraposição à reserva de lei. De acordo com esse entendimento, o constituinte derivado teria

¹⁶ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 53.

reservado as matérias dispostas no inciso VI, do art. 84, ao domínio do decreto, de modo que a lei formal não pode discipliná-las, sob pena de violação às normas constitucionais¹⁷.

Todavia, cumpre destacar que se a existência de regulamentos autônomos, objeto deste trabalho, é controvertida na doutrina nacional, configura-se ainda mais sensível a (in)existência de uma reserva de regulamento.

Vale mencionar ainda o entendimento do ilustre mestre baiano Paulo Modesto¹⁸, que, diferencia os institutos previstos nas alíneas ‘a’ e ‘b’, do dispositivo constitucional em referência. Para o autor, a alínea ‘a’ apresentaria o denominado “regulamento de organização”, apontando no sentido de que este constituiria um *tertium genus*, não sendo equiparável nem ao tradicional regulamento executivo ou ao regulamento autônomo propriamente dito. Todavia, a alínea ‘b’ apresentaria uma hipótese de “decreto autônomo”, mas não de regulamento autônomo, já que, nesse caso, o Chefe do Poder Executivo atuaria como legislador negativo, não veiculando tal decreto nenhuma norma geral, razão pela qual não se cuidaria de um regulamento, mas, sim, de um decreto autônomo veiculador de função legislativa anômala. Nesse sentido, leciona o professor da Universidade Federal da Bahia:

É certo que os regulamentos expedidos na forma do art. 84, VI, ‘a’, da Constituição Federal não podem ser reduzidos a simples ‘regulamentos de execução’, pois vocacionados a modificar a organização administrativa anterior, inclusive quanto à estruturação das atribuições e a distribuição dos cargos necessários à composição de órgãos públicos, mas não podem também ser confundidos com os denominados ‘regulamentos autônomos’, ao menos se estes forem concebidos como normas administrativas capazes de inovar primariamente a ordem jurídica, criando direitos e deveres aos particulares, impondo obrigações, restrições ou faculdades independentemente de lei prévia e sem sujeição a alteração por lei posterior. (...) No caso da competência prevista no art. 84, IV, b, não se defere ao Presidente a competência para a edição de uma norma geral no exercício da função administrativa. (...) Neste caso, pode-se dizer que há decreto autônomo, mas não regulamento autônomo, pois exercita-se função legislativa autônoma, não função administrativa.

¹⁷ CYRINO, *op. cit.*, p. 195.

¹⁸ MODESTO, Paulo. *Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos vagos: uma distinção necessária*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

Diante do quadro apresentado, observa-se que o advento da referida emenda constitucional intensificou o debate doutrinário sobre os limites da atividade regulamentadora do Poder Executivo.

Independentemente disso, há de se destacar que as modificações realizadas pelas normas constitucionais supracitadas representaram o reconhecimento, pelo constituinte, da relevância da atividade normativa do Poder Executivo.

3. O REGULAMENTO AUTÔNOMO NO DIREITO BRASILEIRO

No âmbito doutrinário, a discussão acerca da possibilidade jurídica da existência de regulamentos autônomos é farta, sendo anterior à promulgação da Constituição da República de 1988¹⁹. Sintetizando a questão, são valiosas as lições de José dos Santos Carvalho Filho²⁰:

Lavra funda divergência na doutrina sobre a possibilidade, ou não, de o Executivo editar os denominados regulamentos autônomos, atos destinados a prover sobre situações não contempladas em lei.

Uma primeira posição defende sua existência no Direito brasileiro como decorrente dos poderes implícitos da Administração. Outros professam o entendimento de que, conquanto possam teoricamente existir, os regulamentos autônomos não são admitidos no ordenamento jurídico pátrio, e isso porque a Carta vigente, como visto, atribui à Chefia do Executivo o poder de editar atos para a fiel execução das leis, razão por que só teria admitido os regulamentos de execução.

Destarte, ainda sob a seara do regime constitucional anterior, uma primeira orientação, capitaneada por Hely Lopes Meirelles, firmou entendimento no sentido da subsistência de regulamentos autônomos no direito brasileiro, mormente para que suprissem a omissão legislativa, desde que não houve violação à cláusula de reserva de lei – ou seja, não disciplinassem matéria que a Constituição reservou ao legislador. Sob essa posição doutrinária, os regulamentos autônomos teriam o condão de superar a omissão legislativa,

¹⁹ Este trabalho científico, para atender ao didatismo e ao sintetismo que lhe são próprios, delimita a discussão ao direito brasileiro contemporâneo, nada obstante o tema já tenha sido discutido anteriormente, até mesmo por Locke, que admitia tais regulamentos com fundamento no *prerogative power*. Para maior detalhamento: CYRINO, *op. cit.*, p. 94. Ademais, faz-se uso de premissas de generalização, de modo que, embora haja algumas vicissitudes entre as teses defendidas pelos doutrinadores, utiliza-se o núcleo teórico de seus entendimentos, com o fito de sistematizar a problemática.

²⁰ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 52.

disciplinando a matéria não regulada até que eventual lei dispusesse a respeito. Nesse sentido, assinalava o saudoso professor de Direito Administrativo²¹:

A doutrina aceita esses provimentos administrativos praeter legem para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas.
 (...) Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto.

O fundamento jurídico suscitado por tais doutrinadores seria o art. 81, V, da Carta Magna anterior, que estabelecia ser da competência privativa do Presidente da República “dispor sobre a estruturação, atribuições e fundamento dos órgãos da administração federal”.

Com o advento da Constituição Republicana de 1988, a redação original do art. 84, VI passou a dispor que era da competência privativa do Presidente da República “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”. A locução “na forma da lei” modificou o entendimento de autorizada doutrina²² que aderiu ao posicionamento adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que, por sua vez, nunca admitira a existência de regulamentos autônomos.

A orientação doutrinária que milita no sentido da inexistência de regulamento autônomo no direito brasileiro, defendida por alguns antes mesmo da Constituição atual, tem por base, primordialmente, uma rígida compreensão do princípio da legalidade estrita, como vinculação positiva da Administração à lei, no sentido de que a lei formal é vontade geral manifestada e a administração pública somente atua para concretizá-la. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello²³:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes (...) só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

²¹ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 188.

²² Segundo Binenbojm, Diógenes Gasparini e José Afonso da Silva mudaram de posicionamento, passando a não admitir mais os decretos autônomos após a promulgação da CRFB de 1988. Em: BINENBOJM, *op. cit.*, p. 164-165.

²³ MELLO, *op. cit.*, p. 101.

Seguindo a referida linha interpretativa, José dos Santos Carvalho Filho explica²⁴, com clareza e objetividade marcantes:

Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas.

Nessa linha, limitam-se os objetivos dos regulamentos apenas à restrição da discricionariedade ou ao detalhamento de conceitos e definições jurídicas conferidas sinteticamente pela lei formal.²⁵

Hodiernamente, Gustavo Binenbojm, admitindo expressamente a possibilidade de regulamentos autônomos, confere novo delineamento teórico à tese permissiva, explicando que a Administração Pública pode utilizar tal expediente no cumprimento de seus deveres constitucionais, sempre em matérias não afetas à reserva legal e considerando a primazia da lei. O ilustre professor²⁶ ensina que:

Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a reservas de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.

O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim. Também nessas hipóteses, tal como na do art. 84, IV, 'a', vale a preferência da lei: isto é, sobreindo lei dispendo em sentido diverso do regulamento, aquela prevalecerá sobre este.

Releva observar que, a fim de se compreender a posição defendida por Gustavo Binenbojm, faz-se precípua a consideração de um antecedente lógico, qual seja, a superação do princípio da legalidade administrativa estrita pelo princípio da juridicidade.

Com efeito, a partir do fenômeno concebido como “crise da lei”, observa-se que o Poder Legislativo – bem como a legalidade administrativa – não foi capaz de atender às

²⁴ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 53.

²⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 366.

²⁶ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 168-171.

demandas do Estado Liberal, nem do Estado Providência. Doutrinariamente²⁷, tem-se indicado cinco razões para essa problemática, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: i) a proliferação legislativa, isto é, o excesso de normas legais, gerou a banalização da lei; ii) a utilização da lei como fundamento de injustiças e barbáries; iii) a constitucionalização do direito, que elevou a Constituição ao topo da pirâmide normativa, com precedência formal e axiológica; iv) a criação de atos normativos capazes de fundamentar, *de per se*, a atuação administrativa (medidas provisórias, leis delegadas, etc.); e, v) a captura do processo legislativo pelo Poder Executivo, como, por exemplo, com o excesso de matérias sob iniciativa privativa e a formação de bases políticas governamentais.

A evolução da teoria jurídica, portanto, conduz à superação da ideia napoleônica de submissão vinculativa à lei pela noção de que a atuação administrativa não se restringe apenas às prescrições contidas na lei formal, mas deve se conformar com toda a ordem jurídica, especialmente com as normas consagradas pelo texto constitucional.

Nesse passo, vislumbra-se, com fulcro na melhor doutrina, que o princípio da juridicidade é composto de três expressões diferentes ou subprincípios: a legalidade, a legitimidade e a moralidade. Sobre essas expressões, ensina, com proficuidade, o mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁸:

Contido, portanto, no princípio da juridicidade (...) em razão da cláusula universal de reserva de lei, expressa na Constituição de 1988, no art. 5º, II, entende-se o princípio da legalidade, em seu sentido estrito e próprio, como o que especificamente exige a submissão do agir à lei, como produto formal dos órgãos legiferantes do Estado.

(...) A legitimidade se deriva diretamente do princípio democrático, destinada a informar fundamentalmente a relação entre a vontade geral do povo e as suas diversas expressões estatais – políticas, administrativas e judiciárias.

(...) A moralidade administrativa, entendida como espécie diferenciada da moral comum, também atua como uma peculiar derivação dos conceitos de legitimidade política e de finalidade pública. (...) Com efeito, enquanto a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre a boa e a má administração.

²⁷ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 125-136.

²⁸ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 88-89 e 105.

Com esses apontamentos, nota-se que, na visão vanguardista de Gustavo Binbenbojm, a superação do dogma do princípio da legalidade como vinculação positiva da Administração Pública à lei formal importa na conclusão de que, como a atividade administrativa tem como parâmetro o ordenamento jurídico genericamente considerado, a ausência de uma lei infraconstitucional para disciplinar a sua atuação não pode obstar a realização de seus misteres constitucionais. Desse modo, o regulamento autônomo estaria pautado na própria norma constitucional que determinasse o dever de conduta do Estado.

O professor Alexandre Santos de Aragão²⁹ parece adotar esse mesmo raciocínio, quando exorta:

Assim, justifica-se o chamado poder regulamentar da Administração Pública porque ‘executar’ a lei não pode ser entendido, apenas, como a implementação de uma hipótese abstratamente já prevista em lei, mas, também, como o desenvolvimento das finalidades e valores do Ordenamento Jurídico.

(...) A lei não precisa preordenar exaustivamente toda a ação administrativa, bastando para ela fixar os parâmetros básicos que a Administração Pública deve observar ao exercer os poderes por ela conferidos. E, em casos bem extremos, não pode ser descartada a possibilidade de a Administração Pública atuar, inclusive restringindo direitos e criando obrigações, direta e exclusivamente por força da necessidade de preservar valores e princípios constitucionais.

Dessa forma, verifica-se a existência, em síntese, de três orientações doutrinárias acerca da possibilidade de regulamento autônomo no direito brasileiro: a primeira, cujo expoente foi Hely Lopes Meirelles, defende a possibilidade de edição do regulamento autônomo, com fundamento no princípio dos poderes implícitos; a segunda, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, milita no sentido da possibilidade de edição apenas dos regulamentos executivos, com base no princípio da legalidade estrita; e, por fim, a terceira orientação, assegura a existência de regulamentos autônomos, na execução de deveres constitucionalmente impostos à Administração Pública, esteiando-se, em último plano, no princípio da juridicidade.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 62.

Destaque-se que, no atual modelo constitucional brasileiro, houve a consagração da Constituição como um conjunto de normas jurídicas de cúpula do ordenamento jurídico, as quais são conferidas máxima eficácia.

Assim, além do princípio da juridicidade, outro argumento de reforço à tese defendida por Gustavo Binbenbim é o de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, a partir do parágrafo 1º, do art. 5º, da Constituição, a teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Destarte, na esteira da jurisprudência do Pretório Excelso, os direitos fundamentais irradiam efeitos nas relações hierarquizadas, entre Estado e indivíduo, e, também, nas relações privadas, entre particulares, independentemente de lei infraconstitucional que regulamente a sua aplicação. Nesse sentido, leciona, com precisão, o constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco³⁰:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Nesse sentir, parece razoável admitir que, principalmente nas hipóteses em que direitos fundamentais carecem de normas aplicativas, autoriza-se o Poder Executivo a atuar normativamente, com fulcro imediato na norma constitucional, a fim de lhe emprestar efetiva e integral proteção aos direitos e garantias do indivíduo.

Assim, a leitura que ora se emprega não se funda no *implied powers*, mas no princípio da juridicidade e na doutrina da eficácia das normas constitucionais, de sorte a caracterizar o dever do Poder Público em conferir aplicação integral às disposições da Magna Carta.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

No que se refere à jurisprudência pátria, no regime constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal se manifestou favoravelmente à tese então defendida por Hely Lopes Meirelles. No julgamento da Representação n. 1.508-4, julgada em 29.09.1988, o relator Ministro Oscar Corrêa asseverou que o regulamento autônomo interno seria legítimo, tendo por “fonte direta a própria Constituição e se faz lícito, numa compreensão sistemática da Carta Magna, desde que não interfira com os direitos individuais dos cidadãos e não importe aumento de despesa”³¹. No período posterior à promulgação da Constituição da República de 1988 até o advento da Emenda Constitucional nº 32, contudo, o STF nunca admitiu o regulamento autônomo³².

Todavia, após o advento da EC 32/2001, quando do julgamento da ADC 12³³, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, que veda a nomeação de familiares de agente públicos para cargos em comissão no Poder Judiciário. Ainda em sede de medida cautelar, posteriormente confirmada no julgamento definitivo, asseverou o Pretório Excelso na respectiva ementa³⁴:

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos

³¹ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 163-164.

³² CYRINO, *op. cit.*, p. 134-135.

³³ BRASIL. Ação Direta de Constitucionalidade n. 12, Relator Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adc+12%2ENUME%2E+OU+adc+12%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 mai. 2012.

³⁴ BRASIL. Medida cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade n. 12, Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adc+12%2ENUME%2E+OU+adc+12%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10 mai. 2012.

normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Posteriormente, amparado nas conclusões desta ação declaratória, o Supremo Tribunal editou a Súmula Vinculante nº 13, que veda a prática do nepotismo não só no Poder Judiciário, mas também nos Poderes Legislativo e Executivo, conferindo, portanto, efeitos vinculativos a esse entendimento³⁵:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

É importante notar que, não obstante essa irradiação de efeitos imediatos da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal reforçou a ideia de que, além de amparada nos princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa, o ato normativo estaria inserido na competência dada pelo texto constitucional ao Conselho Nacional da Magistratura, em seu art. 103-B, parágrafo 4º.

Assim, em tal precedente, o Pretório Excelso admitiu a constitucionalidade da medida sob dois argumentos basilares: a) o ato normativo traduziu apenas a densificação de princípios constitucionais consagrados expressamente pelo texto constitucional; e, b) a matéria veiculada pelo ato normativo estava inserida na competência constitucional do respectivo órgão emanador.

Diante disso, não obstante não se possa concluir com definitividade sobre a matéria, vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal tende a admitir, no direito brasileiro, a existência do instituto do regulamento autônomo, especialmente quando o ato normativo tenciona a concretização de princípios constitucionais.

³⁵ BRASIL. Súmula Vinculante n. 13, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 11 mai. 2012.

4. CONCLUSÃO

A ideia de regulamento autônomo como instrumento de efetivação dos misteres constitucionais imputados ao Estado é a que melhor parece se coadunar com a releitura constitucional do ordenamento jurídico, inspirada pelo fenômeno do pós-positivismo.

No atual contexto jurídico, o princípio da legalidade administrativa não ostenta mais o manto de dogma insuperável, norteador de toda a atividade administrativa. Na verdade, a evolução da dogmática jurídica conduz ao princípio da juridicidade, que exige, como visto, não a vinculação positiva à lei, mas a conformação da atuação da Poder Público com o ordenamento jurídico.

Ademais, registre-se que a legalidade, na qualidade de princípio jurídico, admite ponderação, mediante a utilização do postulado da proporcionalidade, de modo que, em determinadas situações, a depender das vicissitudes do caso concreto, deve ceder espaço em prol de outro princípio de estatura constitucional.

Outra questão é que não se afigura razoável, no cenário contemporâneo, a manutenção da perspectiva oitocentista de divisão do exercício das funções estatais e de legalidade administrativa nessa sociedade pluralista, com demandas multifacetárias, o que tem configurado o surgimento de um novo modelo de Estado de Direito, o Estado Regulador, e a consequente superação de antigos paradigmas do Direito Administrativo.

Ressalte-se igualmente que se tem defendido, em outros estudos, a criação de novas figuras jurídicas capazes de atender ao novo modelo de Estado ora experimentado. Assim, por exemplo, tem surgido a figura do “Juiz Hércules”, de Ronald Dworkin, e a figura do “Juiz Pragmático”, de Richard Posner, como modelos idealizados de uma nova atividade jurisdicional, impulsionado exatamente pelas novas demandas do moderno contexto social.

Cite-se, também, que outra discussão hodierna, fruto dessas novas demandas sociais, reside na busca de legitimação dos atos públicos mediante a utilização de novas modalidades de participação popular, como o *amicus curiae*, consultas públicas, o orçamento participativo e as audiências públicas.

Impende destacar que, atualmente, o próprio Princípio da Separação de Poderes, nos moldes cunhados por Montesquieu, tem sua antiga formulação criticada até por quem lhes concedeu a maior importância histórica³⁶.

Desse modo, verifica-se que se tem objetivado o atendimento das novas demandas da sociedade através da criação de novas figuras jurídicas ou da releitura de antigos institutos sob o manto da Constituição vigente e do pós-positivismo, especialmente impulsionados por novos fenômenos jurídicos como a teoria dos princípios e a máxima efetividade das normas constitucionais.

Com isso, não se pode aceitar, com base em uma acepção liberal clássica superada da principiologia constitucional, que se pretenda a salvaguarda de um modelo teórico que subtraia do Poder Executivo o cumprimento de seus deveres constitucionais, especialmente a promoção e defesa dos direitos fundamentais, diante da omissão do Poder Legislativo na sua atividade típica.

Insta observar que, se o Poder Judiciário pode suprir a omissão legislativa, por exemplo, mediante decisão normativa proferida em sede de mandado de injunção, não há por que tornar defeso, ao Poder Executivo, o exercício de tal prerrogativa, desde que a atuação esteja fundada na omissão legislativa, no primado da lei e na realização de deveres constitucionalmente impostos à Administração Pública.

Por óbvio, o exercício da regulamentação autônoma pela Administração Pública não é absoluto. Primeiramente, porque observa a primazia da lei, ocorrendo apenas na omissão

³⁶ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30-45.

legislativa, em campo não reservado à lei e até que haja a promulgação de lei disciplinadora da matéria versada. Ademais, o regulamento pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, que, no exercício de sua função típica, pode lhe retirar a validade, quando eivado de abuso de poder, desvio de finalidade, excesso de competência (por exemplo, ingressar em campo restrito à lei formal) ou, ainda, quando for desconforme à ordem jurídica. Por fim, o próprio Poder Executivo pode controlar a atividade normativa heterogênea do Poder Executivo ao exercer a sua função típica, dando fim à omissão, disciplinando a matéria objeto de regulamentação.

Portanto, outra não é a conclusão de que o modelo constitucional brasileiro abarca a existência de regulamentos autônomos, isto é, atos normativos gerais, editados pelo Poder Executivo, que tem seu fundamento de validade extraído diretamente de norma constitucional, a fim de permitir a atividade administrativa na ausência de lei, especialmente quando tal atuação se der na concretização de um dever constitucionalmente imposto.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: A espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MODESTO, Paulo. *Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos vagos: uma distinção necessária*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.