

# Liberdade e poder regulamentar

**GERALDO ATALIBA**

Professor nas Faculdades de Direito da  
Universidade de São Paulo e Univer-  
sidade Católica de São Paulo.

## SUMÁRIO

- I — Tripartição do poder
- II — Competências do Executivo e liberdade
- III — Assento constitucional da competência regulamentar
- IV — Definição de regulamento
  - Análise dos termos da definição
- V — Bases constitucionais da competência regulamentar
  - a) Hierarquia
  - b) Responsabilidade do Presidente da República
  - c) Limites constitucionais ao Regulamento
    - 1) Separação de Poderes
    - 2) Regulamento autônomo
      - Isonomia
      - Legalidade
- VI — Destinatários das normas jurídicas
  - 1) Dinâmica da aplicação do Direito
  - 2) Leis cujo destinatário é o Poder Executivo
  - 3) O argumento *a fortiori*
  - 4) Panorama atual
  - 5) Unicidade de fonte do Direito
- VII — Conclusão

## I — TRIPARTIÇÃO DO PODER

Os textos constitucionais brasileiros tradicionalmente consagram — como princípio fundamental do nosso sistema jurídico — o da tripartição do poder. Este encerra fórmula de contenção e disciplina do exercício do

---

Tese apresentada na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus — 18 a 22 de maio de 1980) e aprovada por unanimidade.

poder estatal e aparece como expressão funcional do princípio republicano, cujos postulados básicos encontram eficácia nessa formulação.

Ao fazê-lo, tem em mira não uma organização racional do aparelho estatal, mas sim evitar o arbítrio, assegurar o **governo das leis** e dar garantia à liberdade individual, nas lições sempre lúcidas de JOSAPHAT MARINHO.

Estes postulados — traduzidos em preceitos basilares de nossa ordem jurídica — repousam na distinção aristotélica entre normas gerais e atos de aplicação do direito; no discernimento tomista entre justiça distributiva e comutativa e nas concepções de MONTESQUIEU, informadoras do constitucionalismo, instaurado pelas revoluções francesa e americana.

Só nesse contexto se compreende a estima que, desde 1824, se tem entre nós pelo princípio da legalidade. Só com rigorosa consideração dessa motivação, é possível conhecer adequadamente o sentido, conteúdo e alcance da **legalidade**, no Brasil, como ensina RAUL MACHADO HORTA (A Autonomia de Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro, pág. 73 e segs.).

No nosso direito, a lei não é simplesmente o ato inaugural e primeiro, inovador da ordem jurídica, emanado do Poder Legislativo, órgão vertical do Estado e titular da representação popular por excelência (cf. OSWALDO A. BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. I, pág. 98).

É mais que isso: a lei é, no direito constitucional brasileiro, necessariamente genérica, abstrata e irretroativa. Tal como prevista nos nossos sucessivos textos constitucionais, ela é sempre “necessária”, como a qualificou CIRNE LIMA, com isso querendo significar que nenhuma outra manifestação estatal, judiciária ou administrativa lhe pode suprir a ausência, seja nos casos constitucionalmente explícitos, que se requer, seja para criar obrigação, dever, encargo ou ônus para os súditos do Estado (RUY CIRNE LIMA, **Princípios de Direito Administrativo**, 4ª ed., pág. 37).

A ela são submetidos não só os cidadãos e habitantes do território do Estado, mas também os governantes e o próprio Estado.

Dada a absoluta indelegabilidade das funções verticais (art. 6º, parágrafo único, da Constituição) do Estado, e os requintes do texto constitucional, o saudoso PONTES DE MIRANDA cunhou a expressão **legalidade**, para distinguir o suave e programático princípio do direito constitucional comparado e sublinhar a rigidez, estreiteza e imperatividade com que nós o consagramos (**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69**, v. I, pág. 272).

No contexto do nosso sistema constitucional, o modo exigente como foi posto o princípio da legalidade melhor faz valorizado o conceito de Estado de Direito, tal como concebido por BALLADORE PALLIERI, ao defini-lo como “aquele que se submete à lei e a jurisdição independente e imparcial” (**Diritto Costituzionale**, 3ª ed., Milão, Ed. Giuffrè, pág. 85).

Efetivamente — é observação do notável constitucionalista de Milão — de muito pouco valeria o Estado obedecer à lei, se pudesse manipulá-la seja na elaboração, seja na aplicação.

Tanto mais inócuo seria o princípio, se não existisse o mecanismo de **controle jurisdicional** da ação administrativa, como exposto magistralmente por SEABRA FAGUNDES.

Do que se vê que a existência de um Judiciário autônomo e independente (e, pois, imparcial) é consectário necessário da legalitariedade, por ser a única garantia de sua eficácia.

É nesse contexto sistemático que se deve intentar alcançar a compreensão dos institutos de governo e seus instrumentos, tal como delineados no texto constitucional.

Na conformidade dessa perspectiva é que se postula focalizar adequadamente a consideração das competências executivas, dentre as quais a regulamentar se sobressai por peculiaridades singulares.

## II — COMPETÊNCIAS DO EXECUTIVO E LIBERDADE

A estrita disciplina que os nossos textos constitucionais tradicionalmente deram à faculdade regulamentar do Executivo decorre de rígida concepção da separação de poderes, que entre nós sempre prevaleceu, certamente como reação aos abusos do arbítrio e onerosos erros que se ensejaram nos períodos discricionários que a história de nossas instituições conheceu.

Tanto isso é exato que toda constituinte democrática restaura o esquema, na sua pureza. E a deterioração do regime constitucional sempre se manifesta por desequilíbrios neste setor.

Não tolera a nossa Constituição que o Executivo exerça nenhum tipo de competência normativa inaugural, nem mesmo em matéria administrativa. Essa seara foi categoricamente reservada aos órgãos da representação popular. E a sistemática é cerrada, inflexível. Se a tal conclusão não for levado o intérprete, pela leitura das disposições que delineiam a competência regulamentar, certamente esbarrará no princípio da legalidade, tal como formulado: ninguém, nenhuma pessoa, nenhum sujeito de direito poderá ser constrangido por norma que não emane do legislador.

Os atos do Executivo (com a estrita exceção do decreto-lei e da lei delegada) não obrigam senão aos subordinados hierárquicos da autoridade que os emanou.

Tal sistema, dizemos, completa a tripartição do poder e fixa os confines — para reforçá-la — de sua eficácia, precisamente porque sublinha e reforça a legalidade, no sentido de **legalitariedade**, tal como exposta por PONTES DE MIRANDA.

O último **desideratum** do constituinte, nesse passo, foi o de assegurar a liberdade, pondo-a a salvo, fora do alcance do Executivo.

Assim, as diversas projeções da liberdade jurídica — tal como onimodamente garantida pela Constituição — ficam resguardadas contra os atos administrativos, que se não de limitar à fiel, estrita, rigorosa e exata aplicação da lei.

Esse é o querer inequívoco do constituinte. Tal desígnio claro e insofismável já tem tradição mais do que sesquicentenária, no Brasil.

Tudo que o contravenha é injurídico, é repugnante ao nosso sistema. Deve ser ignorado pelos administrados, repellido pelos tribunais, punido pelo Congresso (Assembléias Legislativas, Câmaras de Vereadores) como agressão aos valores institucionais maiores consagrados na Constituição.

E tal é a força ideal, sociológica e política desses valores que, quando por desgraça tivemos que conhecer — ao longo de nosso processo histórico — atos de arbítrio, praticados por grupos que empolgaram as alavancas do poder, estes sempre buscaram dar aparência de legitimidade e tolerância social aos esbulhos praticados, invocando esses mesmos valores e querendo fazer crer que em nome deles se propunha um hiato transitório à sua vigência.

Com efeito, todos os golpes de estado se pretendem justificar alegando seus promotores a necessidade de restauração plena dos valores constitucionais; e sempre se afirma a transitoriedade do período arbítrio.

Não fossem instituições arraigadas no sentir popular (ainda que nem sempre plenamente consciente); não fossem instituições de valor absoluto, altamente estimáveis entre nós; não fossem expressões de nossa cultura e de nossa profunda e generalizada aspiração, e certamente não teriam sobrevivido, a tantas e tão desastrosas vicissitudes, ao longo destes 150 anos.

Cumpra sublinhar que a disciplina constitucional tem em mira, precipuamente, limitar o Estado, contê-lo no exercício do poder, assegurar os direitos individuais e garantir que o uso de suas competências pelos órgãos públicos se faça na forma do direito para busca das finalidades juridicamente previstas e promover os valores normativamente consagrados.

E como fulcro de tudo — pedra de toque do sistema, chave de abóbada de toda a construção normativa — sempre está a liberdade humana, como direito fundamental do **homem e do cidadão**, com as denotações que a expressão veio ganhando ao longo dos dois séculos percorridos, desde que foi cunhada pelos revolucionários franceses.

Estudar o regulamento é, nessa perspectiva mais ampla, estudar os limites à ação executiva, em confronto com a liberdade.

O ponto de equilíbrio institucional está no conciliar adequadamente essa competência estatal, com a liberdade. Como pode aquela desenvolver-se, sem ferir ou restringir este magno valor.

### III — ASSENTO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

Funda-se, imediatamente, na 2ª parte do item III do art. 81 a competência regulamentar do Presidente da República. Assim se redige:

“Art. 81 — Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

III — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.**”

Ao contrário do que ingenuamente pode supor o leigo, ao ler essa disposição, o preceito não tem o sentido de conceder ampla faculdade, nem de outorgar competência irrestrita ao Executivo. Não.

Se, como visto, a faculdade de traçar regras dirigidas ao organismo administrativo seu subordinado — para dispô-lo de modo a melhor assegurar a aplicação das leis administrativas, concedida ao Chefe do Executivo — é conatural à função de cabeça do **ramo executivo do governo** e inerente a seu poder hierárquico, bem como correspectivo de sua responsabilidade política e funcional, já se vê que a dição da 2ª parte do item III do art. 81, para não ser considerada um expletivo inócua, só pode ter sentido limitativo.

A redação dada — consoante com a tradição do nosso direito constitucional patenteia, evidencia e explícita a visceral subordinação do regulamento à lei. Por isso assinalou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Seu objetivo precípuo — conatural às conquistas políticas que se substanciam no Estado moderno — é precisamente o de impedir que o Executivo possa estabelecer, por ato seu, restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos.” (RDP, v. 53.)

Efetivamente, sua dição restritiva tem em mira delimitar e restringir a faculdade, cortando qualquer veleidade no sentido de fazê-la (ou permitir entendê-la) mais extensa ou ampla que o sugerido pela finalidade de assegurar a **fiel execução** das leis administrativas.

Efetivamente, se a cláusula constitucional não existisse, como ocorre em muitas Constituições semelhantes à nossa, não se negaria, por isso, a existência da faculdade regulamentar.

Pelo contrário, ela poderia ser entendida mais ampla do que resulta do nosso texto positivo.

Sua presença, pois, só encontra explicação, no contexto sistemático da ordenação constitucional, como uma restrição.

### IV — DEFINIÇÃO DE REGULAMENTO

Regulamento é ato administrativo normativo, veiculado por decreto, expedido no exercício da função regulamentar, contendo disposições,

dirigidas aos subordinados do editor, regulando (disciplinando) o modo de aplicação das leis administrativas, cuja execução lhe incumbe.

### **Análise dos termos da definição**

**Ato administrativo** — Trata-se de ato jurídico subordinado à lei e versando matéria inserida no âmbito da administração pública. Portanto, matéria constitucionalmente entregue ao Poder Executivo. Juridicamente, administrar é aplicar a lei de ofício, na lição arguta de SEABRA FAGUNDES.

Daí a natureza administrativa do ato regulamentar. Daí o regime jurídico que se lhe aplica: regime jurídico administrativo. No desenvolvimento das considerações em torno do tema, vai ficando evidente um traço distintivo entre o regulamento e a lei: embora ambos sejam normas, a lei tem cunho inaugural, inovador — e o regulamento é ato menor, inferior, de aplicação. É ato secundário e, pois, meramente administrativo, na categorização precisa de CIRNE LIMA.

**Normativo** — O regulamento é em regra genérico e abstrato. Intercede entre o comando da norma — sempre que tenha cabimento — e os atos de aplicação da mesma. Compõe um dos degraus na escala decrescente de concreção do direito, na categorização Kelseniana, nisso acatada por TERSIO SAMPAIO FERRAZ.

Nesse sentido, é genérico e abstrato. Genérico, porque regula um gênero de atos; abstrato, porque, quando editado, é presumido, inspirado por considerações que transcendem necessariamente os casos individuais. Na sua edição, abstrai o editor qualquer pessoa particular, fixando-se na contemplação abstrata de um modelo ou padrão dos fatos susceptíveis de ocorrerem.

Meditando sobre esta característica, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO observou que “a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularizações gradativas quando não têm em mira a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer” (RDP, v. 53).

Por isso esse autor salienta a “necessidade tanto de disposições procedimentais, quanto de regras que assegurem tratamento isonômico à massa de contribuintes, sem as quais a margem de discricão administrativa (que irrompe pela compreensível ausência de minudências legais) ensejaria tratamentos díspares, incompatíveis quer com a boa ordem administrativa, quer com a igualdade a que fazem jus os contribuintes” (RDP, 53).

**Veiculado por decreto** — A competência regulamentar do Chefe do Executivo se manifesta por decreto.

O instrumento jurídico que necessariamente há de veicular as normas regulamentares — **ex vi** do disposto no art. 81, III, do texto constitucional

— é o decreto, suprema manifestação jurídica normativa do Chefe do Poder Executivo.

Assim como o próprio texto constitucional designa por **acórdãos** às decisões dos Tribunais; assim como batiza de **leis** os atos do Congresso; assim também dá aos atos que veiculam manifestações da faculdade regulamentar o nome de decretos.

Decreto é a forma (veículo) de manifestação da vontade do Chefe do Executivo. Quando essa manifestação se dê no exercício da competência regulamentar, tem-se o decreto regulamentar.

Dessa consideração se vê que decreto é a forma, o continente. Regulamento é a matéria, o conteúdo.

É muito importante notar que o regime jurídico dos decretos regulamentares só pode ser dessumido da Constituição. Todas as contribuições do direito comparado são inservíveis, porque essa competência, em cada Estado, é regulada de um modo; em cada contexto tem uma dimensão. A divulgação inadvertida que aqui se tem feito da doutrina estrangeira só tem contribuído para baralhar os espíritos e fomentar os abusos, excessos e arbitrariedades do Estado.

**Expedido no exercício da função regulamentar** — O Chefe do Executivo recebe da Constituição diversas competências (art. 81): administrativas; de governo; de chefia; de tutela de interesses; de colaboração com o Legislativo; majestáticas; de zelo pela ordem e segurança do País; de condução da política exterior etc. Dentre tais funções, a administrativa corresponde ao comando, liderança e chefia do aparelho administrativo do Estado (v. J. A. OLIVEIRA BARACHO, **Regimes Políticos**, pág. 156).

É precisamente como instrumento desse comando que surge a função regulamentar, a qual “só irrompe... quando a lei a ser cumprida reclama a interferência da administração, como requisito de sua aplicação” (CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

**Contendo disposições destinadas aos subordinados do editor** — O editor é o Chefe do Poder Executivo. Pelo regulamento ele expede ordens a todos os seus subordinados. Os precípuos destinatários dos regulamentos são os subordinados do editor, que sobre eles tem poder hierárquico.

Só indiretamente pode atingir os administrados. Daí o asserto de SERGIO FERRAZ no sentido de que “o regulamento é um ato de eficácia externa, ou seja, sua normatividade não obriga tão apenas a administração que por ele se autolimita, mas confere direito público subjetivo invocável pelo particular” (**3 Estudos de Direito**, pág. 105).

Os administrados só são sujeitos aos preceitos regulamentares, na medida em que, **pela lei**, devam tratar com os servidores públicos, e só

nessa medida. Os administrados não são subordinados ao Chefe do Poder Executivo. Não devem acatamento às suas ordens.

É que em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

Os administrados são titulares do direito público subjetivo a só serem constrangidos pela lei (art. 153, § 2º).

O regulamento não pode criar obrigação para terceiros, que não os subordinados hierárquicos do Chefe do Poder Executivo que o editou.

O regulamento emanado do Presidente da República obriga só aos servidores da União. Não obriga os Estados nem os Municípios, nem os administrados da própria União, que só são obrigados pela lei.

Observa com propriedade CELSO BASTOS o endereço precípua desse instrumento:

“Fundados na atividade administrativa, os regulamentos são atos voltados à ordenação da própria máquina burocrática da Administração.” (**Curso de Direito Constitucional**, Ed. Saraiva, 1979, 2ª ed., pág. 177.)

É somente considerando adequadamente essa perspectiva teleológica que se faz possível apreender as balizas dessa faculdade administrativa.

Só se é colhido por regulamento, na medida em que se é posto na contingência de se relacionar com uma repartição pública, cuja ação a ele esteja sujeita.

Efetivamente, os não servidores são colhidos pelos preceitos regulamentares, somente quando a lei os obriga a relacionar-se com um órgão público. E somente são atingidos (os sujeitos não subordinados hierarquicamente ao editor) por via indireta, na medida em que os servidores em o acatando, comportarem-se desta ou daquela maneira.

Esse é o ponto mais importante, mais delicado — e mais debatido — de todo o tema.

O magno desafio que se põe aos exegetas está precisamente em precisar os limites em que terceiros (inclusive administrados) são colhidos pelos preceitos regulamentares.

Toda vez que a lei cria um direito ou estabelece condições para o exercício de outro contemplando pessoas alheias à administração, é necessária uma norma sua complementar, regulamentando-a e dispondo a forma pela qual a administração pública dará as providências que lhe incumbem, para a plena realização da vontade legal. Ora, isto é feito pelo regulamento que, além de preencher esta função, ainda tem a vir-

tude de — desde que observados os mandamentos legais — obrigar aos terceiros, tornando não só possíveis, como fáceis, as relações e o entrosamento entre a máquina administrativa e estes.

**Regulando o modo de aplicação das leis** — Como o regulamento é ato subordinado à lei, não lhe pode ampliar o conteúdo, nem restringi-lo. Sua específica finalidade não é — como pensam leigos jornalisticamente informados — **completar** a lei, nem **explicá-la** (função dos juristas), nem minudenciá-la, mas dispor sobre a maneira pela qual os agentes administrativos irão, com fidelidade e exaçaõ, fazê-la cumprida, providenciar sua efetiva aplicação, assegurar a eficácia de seus mandamentos.

A finalidade dessa modalidade regulamentar é o aparelhamento dos meios concretos para sua execução (SERGIO FERRAZ, *op. loc. cit.*).

Daí o somente ser comportável regulamentação de leis administrativas. Só estas dizem respeito à administração (LAFAYETTE PONDÉ, "Novas Perspectivas do Direito Administrativo", *Rev. PUC-SP*, XLV, fasc. 89).

Os preceitos regulamentares irão dispor que órgãos, em que condições, com quais meios, mediante quais instrumentos, irão ser mobilizados para dar vida aos preceitos legais. Irão disciplinar **como** será melhor assegurada a fiel execução da vontade legal, pela administração pública (evidentemente, o regulamento federal o dirá, só para a administração federal; o estadual para a administração do Estado; o municipal, na órbita do Município).

Irão dizer que agentes públicos serão responsáveis por garantir a eficácia plena de lei. Essa responsabilidade fica na esfera do Executivo.

Consubstancia-se a responsabilidade dos servidores no dever de responder (e corresponde submissão às sanções disciplinares) perante os escalões hierárquicos internos da Administração, até o escalão máximo, o Chefe do Poder Executivo. Isto porque a responsabilidade última, perante o Legislativo e o Judiciário — pela **fiel observância** e acatamento das leis administrativas — é do próprio Chefe do Executivo. Comete ele crime de **responsabilidade** quando não lhes assegura (às leis administrativas) **fiel observância** (art. 82, VIII), na medida em que esta depender de seus subordinados (art. 81, I), sobre os quais tem poder hierárquico pleno, precisamente como instrumento de eficiência de comando.

Disso se vê que as responsabilidades dos funcionários e servidores não exclui, mas se coordena com a do Chefe do Executivo.

Nesse sentido, o regulamento pode ser inovador: pode criar deveres e obrigações **para os subordinados** ao editor (funcionários, servidores agentes públicos) ou para os órgãos sujeitos à sua tutela (autarquias, fundações públicas, sociedades mistas, empresas públicas e até concessionárias), desde que esses deveres e obrigações sejam instrumentais do **fiel cumprimento** das leis.

Já os terceiros não subordinados, nem tutelados, só devem obediência à lei.

Indiretamente, porém, obedecerão ao regulamento, ao tratarem com os subordinados sujeitos às regras regulamentares. Só por via reflexa o regulamento os atinge.

Em reverência a esse manifesto desígnio constitucional e respeito aos direitos assim estabelecidos, o regulamento não pode dispor que o administrado é proibido de, p. ex., tratar com uma repartição a horas **x**, nem que **deve** fazê-lo a hora **y**.

A redação adequada é a que diga que a repartição está aberta e funcionando no horário **z**. Fica assim saliente que só reflexamente os administrados foram colhidos.

Em outras palavras: o administrado investido num direito, por uma lei, ao dirigir-se a uma repartição, somente poderá tratar, no horário fixado por regulamento, com o órgão também nele previsto, na pessoa dos servidores escalados, usando os formulários regularmente prescritos. Na medida em que os agentes públicos — pela subordinação hierárquica — são constrangidos por essas regras, o terceiro que com eles trate a elas se deve conformar.

**Aplicação das leis administrativas** — Só as leis administrativas comportam regulamentação. A Constituição não consente que se regulamentem leis não administrativas (como oportunamente se tentará demonstrar).

O Chefe do Executivo só é responsável pela execução das leis administrativas; não de outras. Se a faculdade regulamentar é contrapartida da responsabilidade dele, nos seus limites há de se conter.

Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta depende. O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis.

Daí a absoluta e irremovível impossibilidade de regulamentação de leis não administrativas, como oportunamente observado por SERGIO FERRAZ:

“Por isso que, como assentado, a justificação última do poder regulamentar reside no dever de administrar inerente à Administração, o âmbito de sua incidência está limitado aos campos do direito em que lhe caiba atuar” (op. cit.).

O âmbito do regulamento é a administração. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO frisa que suas regras são “referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público” (**Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Ed. Forense, v. I, 2ª ed., pág. 303, 1979) e assinala que “hão de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou normas em desenvolvimento dos preceitos constantes da lei, expressos

ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, das diretrizes, em pormenor, por ela determinadas" (*op. cit.*, pág. 314).

**Cuja execução incumbe ao Chefe do Executivo** — Não são todas as leis administrativas cuja execução incumbe ao Chefe do Executivo. Mas só aquelas cuja inexecução lhe acarreta responsabilidade (art. 82, VII).

(É óbvio que esta observação considera cada Chefe do Executivo, em relação às suas responsabilidades, na esfera de pessoa pública política de que é órgão).

Se a lei criar entidades autônomas (com base na Constituição) sem submetê-las à tutela do Chefe do Executivo, este não terá responsabilidade pelo cumprimento das leis cuja execução venha a incumbir a essas entidades; nem, por isso mesmo, poderá disciplinar a forma pela qual cumprirão as leis, ou o modo pelo qual operarão. Isto é matéria das chamadas **disposições autônomas** (CIRNE LIMA, *Princípios*, pág. 40).

É o caso, por exemplo, da Ordem dos Advogados, que, na qualidade de entidade disciplinar da função pública exercida pelos profissionais da advocacia, não se pode sujeitar a nenhum tipo de tutela ou controle. Embora a legislação que rege essa entidade seja de cunho administrativo, a responsabilidade pela eventual inobservância dessa lei, por seus destinatários, não será imputável, jamais — nem mesmo por omissão — ao Presidente da República.

Ora, se ele não é responsável pelo cumprimento dessa lei, não pode sobre essa autarquia exercer tutela, nem dispor como ela irá executar a sua lei orgânica.

Outro exemplo é do IPC — Instituto de Previdência dos Congressistas —, autarquia federal, criada por lei da União, mas subordinada à tutela da Mesa do Congresso e destinada a prover a previdência de seus servidores e atuais ex-membros. Embora essa atividade seja administrativa, não está sujeita à tutela, vigilância ou supervisão do Chefe do Executivo. Logo, falece-lhe competência para regulamentar a lei orgânica dessa autarquia.

Outro expressivo exemplo está nos organismos dos contenciosos (funcional, tributário e previdenciário) a serem criados pela lei (art. 203).

Se a lei não lhe der ensanchas, o Chefe do Executivo não poderá dispor regulamentarmente **como** esses organismos irão cumpri-la. A Constituição indica claramente que os quer autônomos, independentes, como condição de imparcialidade. É mais um caso de lei cuja execução não incumbe ao Chefe do Executivo.

## V — BASES CONSTITUCIONAIS DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

A exata compreensão dos limites, âmbito, finalidades e regime jurídico do regulamento, no direito brasileiro, é alcançável pelo estudo dos princípios constitucionais que informam a função executiva, da qual o regulamento é a expressão mais conspícua.

São fundamentos sistemáticos da faculdade regulamentar — prevista no mandamento do art. 81, III — cuja compreensão permite melhor desvendar seu regime jurídico, o princípio hierárquico (art. 73, combinado com o 81) e a responsabilidade do Chefe do Executivo (art. 82).

Funcionam como seus limites o princípio da tripartição do poder (art. 6º), a isonomia (art. 153, § 1º) e a legalidade (art. 153, § 2º).

#### a) Hierarquia

É o poder hierárquico do Chefe do Executivo que serve de principal explicação e suporte para a faculdade regulamentar. Como máxima autoridade administrativa, ele fixa as pautas de acordo com as quais seus subordinados desempenharão suas competências e deveres prescritos em lei.

O regulamento — nessa medida — é o instrumento normativo do “poder de instrução” do Chefe do Executivo, tal como balizado por CIRNE LIMA (ob. cit., pág. 71).

“Com fundamento no poder hierárquico, o Chefe do Poder Executivo restringe os comportamentos dos agentes públicos e específica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Assim, uniformiza processual e materialmente os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RDP, v. 53).

O poder hierárquico é como que a contrapartida da responsabilidade do Chefe do Executivo, pela **fiel execução das leis**.

“Realmente, a faculdade regulamentar constitui um atributo próprio, inerente ao exercício da atividade administrativa, em caráter majoritário conferida ao Poder Executivo. Com esta ressalva, talvez se pudesse admitir a teoria da determinação legal ou constitucional: como a Constituição não só atribua determinadas faculdades ao Poder incumbido da tarefa administrativa, mas também, e sobretudo, lhe determine o dever de agir, implicitamente lhe confere as potestades necessárias ao desempenho desse dever” (SERGIO FERRAZ, ob. cit.).

Se ele é obrigado a agir, se tem os encargos administrativos sobre seus ombros, em última instância, se não se pode omitir, nem ficar inerte, se é o derradeiro e maior responsável (art. 82, VII) pela observância da legislação administrativa, há de dispor dos meios para desincumbir-se agilmente, prontamente, eficientemente desses deveres e encargos.

A exposição do conteúdo do princípio hierárquico, feita por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, bem revela seu alcance:

“A relação hierárquica é um vínculo de autoridade que une, através de graus sucessivos, todos os órgãos da Administração

Central, subordinando escalonadamente os inferiores aos superiores.

O órgão que se encontra na cúpula do sistema dirige os que se acham no grau imediato; estes, por sua vez, comandam sobre o grau sucessivo, e assim por diante, até atingir os derradeiros inferiores. Esta relação unificadora — típica do sistema de centralização — significa, em última análise, que o órgão supremo comanda toda a administração, de tal forma que sua vontade se impõe desde os mais altos até os ínfimos escalões, passando através de vários níveis ou elos de uma corrente.” **(Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 100.)**

#### **b) Responsabilidade do Presidente da República**

No regime presidencialista que adotamos, a Constituição entrega ao Presidente da República o Poder Executivo (art. 73), encarregando-o de tarefas políticas, diplomáticas, militares, governamentais, administrativas etc.

Ao carregar a esse agente político tão grande soma de poderes, competência e encargos, investindo-o da Chefia do Executivo, outorga-lhe inúmeros e variados instrumentos de ação (art. 81) que ele pessoalmente deve manejar, tornando-os eficazes. Dentre esses, o máximo poder hierárquico na esfera administrativa (art. 81, I), bem como instrumentos normativos que o habilitem a disciplinar rigorosamente o vastíssimo aparelho administrativo sob seu comando, bem como providenciar eficazmente no sentido de que esse imenso e complexo organismo se capacite a assegurar cabal, rigoroso e fiel cumprimento a todas as leis administrativas (art. 81, III, 2ª parte, e V).

Se ele é o responsável pelo fiel cumprimento das leis (obviamente, das leis administrativas) e se estas atribuem ônus, direitos, encargos, tarefas e deveres à administração pública e se esta é subordinada ao Chefe do Executivo, parece óbvio que este pode ditar critérios e normas sobre a forma de o imenso e gigantesco aparelho (administração pública federal) dar **fiel execução à lei**.

Na verdade, uma visão objetiva prontamente revela o equilíbrio harmônico do sistema delineado.

Seria absurdo dar ao órgão tão grande poder, sem sancionar seu não uso ou abuso. Por outro lado, seria ilógico atribuir-lhe responsabilidade tão grave e ampla, sem lhe conceder os instrumentos para bem se desincumbir dela.

Por isso, se lhe dá enormes poderes. Em contrapartida, a Constituição o responsabiliza por qualquer abuso, desvio, mau uso ou não uso de suas competências (art. 82).

No que ao tema interessa, a Constituição sanciona o descumprimento das leis com a suspensão da função, durante o processo de responsabilidade (art. 83) e perda do cargo, se julgada procedente a acusação (art. 82, I, e parágrafo único).

Se o fundamento da faculdade regulamentar está no poder hierárquico, sua justificação repousa na responsabilidade do Chefe do Executivo pelo cumprimento das leis.

É óbvio que o Presidente da República não é responsável pela observância de toda e qualquer lei.

Embora o texto constitucional, em sua dição literal, faça referência ao **cumprimento das leis** (art. 82, VII), a interpretação sistemática exige que se entenda que a responsabilidade se circunscreve às leis, cujo destinatário seja o Chefe do Executivo, como hierarca máximo da administração. Isto porque a competência regulamentar é um **poder-dever**, na concepção, hoje universalizada, de SANTI ROMANO.

Daí o impor-se a inteligência no sentido de que sua responsabilidade se limita às leis cuja execução lhe incumbe. Leis administrativas, portanto.

Ele não é nem pode ser responsável pelo cumprimento das leis processuais, cujos destinatários são os órgãos do Poder Judiciário. Nem pelo cumprimento das leis civis, cujos destinatários são "as pessoas comuns, nas suas relações privadas". Nem pelas leis trabalhistas, comerciais etc.

No caso de descumprimento dessas leis, as sanções sistemáticas são voltadas para os destinatários. A ordem jurídica atinge com sua reação outros sujeitos, que não o Presidente da República; prescreve outros modos e procedimentos para garantir a eficácia dessas leis, sempre pelo acesso ao Judiciário dos lesados pela sua desobediência (v. capítulo VI deste estudo).

A administração e seu chefe ficam inteiramente **a quo** desses fenômenos. Por isso não é responsável pelo que nessas áreas se passe. Nem recebe **ordinance power** para mediar entre os preceitos legais e seus destinatários, em matéria que não administrativa (e, assim mesmo, só federal).

(Este tema será retomado no capítulo VI.)

Na descrição dessa trama sistemática, se vê a profunda coerência do texto constitucional e a perfeita harmonia do sistema jurídico, ao traçar tal esquema.

Só há responsabilidade do Chefe do Executivo pela obediência às leis administrativas. Destas, só aquelas cuja execução lhe incumbe (presidente, as federais; governador, as estaduais; prefeito, as municipais).

Em compensação, sua faculdade regulamentar (competência para expedir normas jurídicas obrigatórias) se circunscreve a estes casos.

O âmbito dessas normas é restrito sistematicamente à esfera da própria administração (Poder Executivo), além de circunscrever-se às balizas contidas na lei.

É que o Chefe do Executivo se faz destinatário das leis administrativas, na medida em que — detendo o poder hierárquico e os poderes de comando do organismo burocrático — é apto a exercer seus poderes de modo a assegurar que tal organismo, do modo mais eficaz, dê fiel cumprimento à lei.

Para que não só não se omita, mas principalmente se empenhe no prudente, oportuno e adequado uso desse conjunto harmônico de faculdades, a Constituição o torna responsável pela exaçaõ na obediência a tais leis e sanciona o descumprimento de modo tão drástico e severo.

Quanto aos administrados, não são destinatários dos regulamentos, no sentido de que estes não podem criar-lhes deveres, obrigações e encargos. Tais constrangimentos só da lei podem defluir (art. 153, § 2º).

Não quer isso dizer que devemos ser indiferentes aos regulamentos, ou que estes não possam tocar nossas esferas jurídicas.

Por via oblíqua, indiretamente, na medida em que tenhamos, em decorrência da lei, de tratar com os órgãos da administração, seremos colhidos pelos preceitos regulamentares. Mas só nessa medida. E tudo que exceda tal evidente circunscrição sistemática é inconstitucional.

### **c) Limites constitucionais ao regulamento**

Cuidemos aqui dos limites sistemáticos, para tentarmos elaboração que ponha em relevo os contornos constitucionais dessa importante faculdade executiva.

#### **1) Separação de poderes**

A tripartição do poder (como a quer denominar ATALIBA NOGUEIRA) ou separação de poderes (como a designa geralmente a doutrina), tal como posta pelo mandamento do art. 6º da Constituição, postula áreas próprias e exclusivas de ação, para cada conjunto de órgãos estatais, destarte investidos de competência para atos de poder dentro de uma área resultante de cortes verticais no campo de atribuições estatais.

A independência recíproca preconizada pelo citado mandamento postula, pois, que cada qual desempenhe suas atribuições livremente, ao mesmo tempo sem interferir na área dos demais, e sem deles sofrer ingerência.

A harmonia propõe que cada poder, circunscrevendo-se às suas competências, coopere com os demais, troque mensagens, concorra para compor os atos complexos e preste a colaboração ou obediência, em cada caso, como resulta das regras constitucionais.

Dal já se vê que o regulamento executivo não pode se dirigir a órgãos ou agentes do Judiciário e do Legislativo. Estes darão interpretação e aplicação à Constituição e às leis como melhor lhes pareça, sujeitos às conseqüências constitucionais e legais, no caso de desobediência, mediante os mecanismos normativamente dispostos, os quais excluem absolutamente a intermediação do regulamento executivo.

Assim como nenhuma norma desta natureza pode ser dirigida a órgãos legislativos ou judiciários, também não pode dispor, nem mesmo indiretamente, sobre relações jurídicas passíveis de serem suscitadas, a propósito, por decorrência ou por ocasião do exercício de suas atribuições, por esses órgãos ou agentes.

No princípio constitucional da separação de poderes, também, está um peremptório limite material ao regulamento: não pode ele pôr fim a controvérsias, em torno da aplicação do direito, de modo definitivo (que isto é próprio da decisão judicial); nem pode inovar inauguralmente a ordem jurídica.

É próprio da lei o criar, extinguir ou modificar normativamente direitos, de modo inauguralmente inovador. Só o órgão legislativo, no nosso sistema, tem competência para modificar, no plano normativo, a ordem jurídica. Só os órgãos **representativos** podem instaurar ou suprimir direitos ou situações genéricas e abstratas.

“Onde se estabelecem — alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão da competência legislativa” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

Dal a impossibilidade de existência, no nosso sistema, de regulamentos autônomos. Estes têm cabimento em sistemas como o francês, onde ao Executivo se reservam áreas de atuação normativa.

Aqui, do modo como se decidiu, pelo constituinte, estabelecer corte vertical, radical nas funções estatais, é forçoso reconhecer que à universalidade da legislação corresponde a inferioridade normativa necessária do regulamento. Efetivamente, a lei tudo pode (nos limites constitucionais) e sobre tudo dispõe.

Não há área ou seara que se seqüestre ao legislador. Com exceção dos **interna corporis**, a lei não conhece vedação material a seu campo de ação. Disso resulta a **necessidade** da lei — como, com felicidade, qualificou este princípio RUY CIRNE LIMA — ao lado de sua **exclusividade** (na arguta observação de ALBERTO XAVIER) e, como decorrência necessária, sua superioridade (reiterada, confirmada e sublinhada pela dição da parte final do item III do art. 81 da Constituição: **para sua fiel execução**).

Donde a impossibilidade material de o regulamento suprir a eventual omissão do legislador, ou pretender **completar** sua obra, onde ela tenha sido insuficiente. Isso que é possível no direito constitucional comparado, é inadmissível no direito brasileiro.

Coerente e harmônico que é — até, como mostra RECASENS SICHES, por força de premissa epistemológica da dogmática jurídica — o sistema jurídico, tal concepção só se reforça pela consideração de que se, nem por ato de vontade expresso e inequívoco, o legislador pode delegar atribuições (parágrafo único do art. 6º), com maior razão o exercício de competência normativa inaugural (própria da lei, portanto) pelo Executivo (sempre repugnante) é vedado mais evidentemente, quando não seja invocado expressamente pelo legislador, mas, desempenhado a título de sanar-lhe omissão ou suprir-lhe lacuna.

## 2) Regulamento autônomo

É até ridículo que um brasileiro, tratando da faculdade regulamentar, à luz do nosso direito, abra um tópico sob tal designação. Tão ridículo como seria criar um capítulo sobre a inspiração de ALAH na ação dos seus delegados-governantes. Nos dois casos, a finalidade de menção seria afirmar o não cabimento do próprio estudo, pela inexistência de reconhecimento constitucional a esses institutos.

Só quem haja estudado muito o direito persa ou paquistanês; só quem se haja embebido embriagadoramente das instituições islâmicas; só quem nunca tenha perpassado os olhos pelas Constituições brasileiras, desde 1824, pode invocar o Corão como regra positiva, entre nós, ou as diretrizes de ALAH ou de MAOMÉ, para o exercício das funções políticas, constitucionalmente reguladas.

O mesmo se diga do regulamento autônomo. Diante de um texto constitucional que prescreve que o regulamento só se justifica para **a fiel execução das leis** (art. 81, III, 2ª parte), mencionar a idéia de regulamento autônomo, neste contexto, é gesto de grande ousadia.

Cogitar disso, no Brasil, principalmente de 1891 para cá, é destruir, arrasar, negar a tripartição do poder. É recusar-lhe o reconhecimento de seu cunho de pedra basilar, ou **chave de abóbada** do sistema.

Os regulamentos autônomos (ou independentes) "... correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida, com base no direito constitucional", na autorizada exposição de OSWALDO ARANHA DE MELLO (**Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Ed. Forense, V. I, 2ª ed. Rio, pág. 303).

Só quem desconheça o que significa legislar, só quem ignore que no Brasil o Executivo não tem essa faculdade (com as ressalvas dos arts. 52 e 55 — que, por excepcionais, confirmam a regra); só quem não faça a mais remota idéia do conceito de Constituição pode ler textos de doutrina estrangeira (especialmente francesa) com a pretensão de expô-los aqui.

Na Carta Magna vigente, o princípio da legalidade (art. 153, § 2º) tem "não apenas o caráter de preceito impositivo, mas também o de esteio para a contenção de intemperanças estatais" (CELSONO ANTÔNIO BAN-

DEIRA DE MELLO, RDP, v. 53), as quais o próprio texto não quis deixar para o intérprete deduzir, não! Já deixou dito de modo explícito (art. 81, III, 2ª parte: "regulamentos para a sua" (da lei) **fiel execução**).

Há, entre nós, diferença entre lei e regulamento, no Brasil.

"A distinção deles segundo a matéria", diz o citado mestre, "está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera"... "É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior", segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (RDP v. 53).

Na França, os regulamentos autônomos — não só possíveis, mas até mesmo requeridos pelo texto constitucional — estão no plano da lei, dela se distinguindo pela área de abrangência.

Entre nós "evidentemente, o regulamento mais não poderá fazer além de expedir comandos **intra legem**, pois nem **contra**, nem **extra**, nem **praeter**, nem **ultra legem** caber-lhe-á introduzir qualquer determinação. Sobretudo, no direito brasileiro — ante os preceptivos reiteradamente citados —, é evidente tal limitação" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RDP, v. 53)

No Brasil, na verdade, os administrados só são obrigados a fazer ou não fazer em virtude da lei (art. 153, § 2º). E só devem obediência a regulamento que disponha medida tendente a garantir, a "assegurar a fiel observância" da lei (art. 81, III, 2ª parte).

Fiel quer dizer fidedigna, estrita, leal, correta, absoluta.

Por isso a unanimidade dos doutrinadores pátrios pode dizer, com tranqüilidade, que o regulamento não cria a obrigação ou dever que já não esteja na lei. Em outras palavras: por virtude própria, o regulamento não obriga ninguém.

Os escritores que defendem a possibilidade do regulamento autônomo, no Brasil, usam só argumentos sociológicos, ideológicos (totalitários), econômicos. E expõem o que é **óbvio, evidente e irresistível**... na França, ou alhures; mas que, aqui, é ilícito punível como **crime de responsabilidade** (art. 82, VII).

### **Isonomia**

O princípio constitucional da isonomia funciona positivamente, no que ao regulamento concerne, erigindo-o em instrumento de sua plena realização, até as mais remotas conseqüências.

Efetivamente, cada agente administrativo, ao aplicar a lei (obviamente administrativa) aos casos concretos — em hipóteses de **competência** discricionária, como qualificado com rigor e acerto por VICTOR NUNES —, procederá a variações, ainda que dentro dos parâmetros da pauta legal. Com isso a isonomia de tratamento a que têm direito os adminis-

trados pode ficar comprometida. Daí o cabimento e, às vezes, até mesmo a necessidade do regulamento, para evitar desigualdade.

Por outro lado — e já negativamente — nas suas exigências estão peremptórios e insuperáveis limites à discricção regulamentar.

Quem melhor estudou a igualdade, no Brasil, foi também quem expôs o valor instrumental do regulamento como seu favorecedor (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

Na esfera discricionária aberta pelo legislador ao Executivo, vai servir de pauta e critério que a demarcam e serve de suporte valorativo de suas manifestações a isonomia, atuando em plenitude com o vigor e a força própria do princípio, como o quer o ínclito AGUSTIN GORDILLO.

De tudo que neste estudo se disse sobre as exigências do princípio da isonomia, enquanto refletidas na ação administrativa, importa sobremaneira deixar enfaticamente sublinhado que o regulamento deve necessariamente realizá-las (as exigências) em sua plenitude. Como isso é decorrência de imperativo constitucional capital, é forçoso reconhecer que será nulo o regulamento que de modo direto ou indireto, imediato ou mediato, as contravenha.

### **Legalidade**

Como só se compreende o regulamento, no seu perfil jurídico, em confronto com o princípio da legalidade, e como este é o fulcro de toda a construção sistemática da Constituição, este tema é, na verdade, exposto, examinado e estudado em todos os tópicos deste estudo.

A legalidade é princípio básico de todo o nosso sistema. Nele ocupa posição nuclear. Donde sua força expraiar-se a todos os confins do sistema, de modo peremptoriamente exigente, como ficou demonstrado magistralmente por SEABRA FAGUNDES (**Controle** . . . , cit., pág. 100).

Convém recordar clássica lição do portentoso publicista portenho AGUSTIN GORDILLO:

“Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras que la norma es un marco dentro del qual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral.

La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respecten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu.”

Dai comentar CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (RDP, v. 53.)

Prossegue esse autor:

“O conteúdo estimativo que nele se contém ultrapassa até mesmo o rigor de sua claríssima letra, para assumir a função de tônica do sistema, vetor axiológico que deve iluminar a análise e a inteligência de quaisquer regras editadas pelo Estado.”

Para concluir:

“Donde, defender a inteireza deste princípio da legalidade implica defender a integridade do sistema constitucional como um todo, na medida em que assim se protege a parte mais vulnerável da cidadela protetora dos indivíduos e da ordenação pública nacional.”

As balizas positivas e negativas do regulamento estão, por sua própria natureza, na lei. Esta é que estabelece o âmbito maior ou menor da discricionariedade administrativa, em todos os casos. É que “. . . ao Executivo incumbe atuar nos estritos limites da legalidade. É o legislador que fornece as balizas de sua conduta”, na lição de MICHEL TEMER (“O veto parcial no sistema constitucional brasileiro”, *Rev. Procuradoria-Geral — E.S.P.*, v. 12).

Não bastasse a conatural superioridade hierárquica da lei sobre os atos normativos menores, aí está o texto expresso da Constituição, a prescrever que o regulamento só se valida, como meio de assegurar a **fiel** aplicação da lei (excelente exposição do tema se contém na obra de ROQUE CARRAZZA, **O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro**, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1980).

Resulta evidente, disso, que esta não só o conforma e delimita, fixando-lhe o âmbito de eficácia, como ainda lhe condiciona o conteúdo. Não basta, perante o nosso direito constitucional, que o regulamento sirva à lei. Ao contrário dos demais sistemas, o **nosso** regulamento há de ser-lhe estritamente **fiel**, rigorosamente contido no círculo que o legislador haja traçado.

Destas considerações resulta ser inconstitucional o regulamento não só quando amplia ou restringe o que na lei se contém, como ainda quando dispõe sobre matérias em que a fiel execução da lei não o requeira. Com maior razão, é inconstitucional quando a lei haja sido bastante, ou quando não haja preceito de lei (regulamento autônomo).

O princípio da legalidade, consagrado pelo § 2º do art. 153 da Carta Constitucional vigente, é aplicável a todo o direito público. SEABRA FAGUNDES sintetiza muito oportuna e rigorosamente seu significado:

“Todas as atividades da administração pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade.

.....

Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica. Essa integral submissão da administração pública à lei constitui o denominado princípio da legalidade, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa.

.....

Por outro lado, sendo a função administrativa, que constitui o objeto das atividades da pública administração, essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites deste” (**O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, 4ª ed., 1967, Forense, Rio, págs. 100/101).

Dai dizer CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Este é o meio — único por sinal — capaz, em termos jurídico-políticos, de acautelar a liberdade individual. Vale dizer: reserva-se ao corpo legislativo, escolhido pelo povo, o poder de traçar as normas que interferem com a liberdade e a propriedade dos indivíduos, negando-se absolutamente ao Executivo qualidade jurídica para estabelecê-las e impô-las em definitivo” (**RDP**, v. 53).

## VI — DESTINATÁRIOS DAS NORMAS JURÍDICAS

As normas jurídicas genericamente são voltadas para toda a comunidade social. De seu cunho obrigatório, resulta a respeitabilidade de seus efeitos por parte de todos, inclusive dos próprios órgãos do poder.

Cada norma, porém, se volta para um específico círculo de sujeitos, que são imediatamente atingidos por seus preceitos.

Dai a possibilidade técnica de construções jurídicas que conduzem à identificação dos titulares dos direitos que as normas criam, e dos sujeitos que, reciprocamente, ficam na posição de devedor (precisamente devedores de comportamentos positivos, negativos ou abstentivos).

Dessa circunstância decorre a observação de LOURIVAL VILANOVA quanto às formas de ordenar os comportamentos humanos, **modais deônticos**, assumidas pelos preceitos jurídicos (**As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, pág. 35).

Por isso se pode sempre cogitar da útil categoria dos destinatários da lei, como as pessoas cujos comportamentos são colhidos pela esfera de eficácia de cada norma jurídica, segundo suas **funções normativas**, tal como concebidas por KELSEN (*Théorie Pure du Droit*, pág. 107).

O problema dos destinatários (diretos ou indiretos, primários ou secundários) "... conserva sua importância... como ponto de convergência de não poucos outros problemas..." no sábio dizer do patriarca da atual geração de publicistas italianos, SANTI ROMANO (*Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, Milão, 1947, pág. 135).

É destinatário da norma o sujeito cujo comportamento é visado precipuamente por ela.

Para não incidir nas censuras de SANTI ROMANO, não supervalorizamos o alcance da categoria, nem ignoramos que a comunidade, como um todo — inclusive o Estado que a abriga e personifica — é a principal destinatária da ordenação jurídica global, una e incidível. Isso, a nosso ver, não exclui que certos preceitos se destinem a certos sujeitos precipuamente (sujeitos esses que se identificam pela circunstância de suportarem a execução específica da norma).

Assim, de modo geral, pode-se dizer que os destinatários do direito do trabalho são patrões e empregados, enquanto tais, isto é, como partícipes das relações de trabalho.

São destinatários do direito comercial os comerciantes, no desenvolvimento de sua atividade mercantil. São destinatários do direito civil todas as pessoas, nas suas relações comuns (art. 1.º do Código Civil: "Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações"). Ou, como didaticamente o dizia VICENTE RÃO, sem fazer concessões em matéria de rigor científico:

"Esse código se destina a reger as relações comuns entre as pessoas privadas."

Os destinatários da lei processual são os órgãos do Poder Judiciário e as partes perante ele atuando, enquanto partes.

Os destinatários do direito administrativo são administração e administrados, nas suas relações recíprocas.

Destinatários da lei tributária são fisco e contribuinte (e terceiros envolvidos) nas relações jurídicas estabelecidas a propósito do exercício da tributação.

Destinatário do direito constitucional são o Estado e seus súditos (cidadão e terceiros investidos, pela própria Constituição, em direitos), os agentes políticos e os servidores públicos, enquanto tais.

Os destinatários das normas se fazem devedores dos comportamentos neles prescritos, sob pena de aplicação das respectivas sanções.

De modo geral, a **aplicação** das normas é feita pelos próprios destinatários. Eles é que lhes asseguram sua específica eficácia, aplicando-as concretamente.

Como são aplicadas as leis, pelos seus destinatários?

Pelo modo mais singelo: conformando seus comportamentos às exigências imperativas que nelas se contêm.

A cada dia, a toda hora, estão os comerciantes a aplicar o direito comercial, na sua atividade mercantil, aos contratos que celebram, aos negócios que realizam.

Sempre e ininterruptamente, empregadores e empregados aplicam o direito do trabalho ao contratar ou ao executar a lei ou os contratos de trabalho nela repousantes. É pelo normal desempenho de suas atividades juridicamente reguladas que aplicam e dão eficácia à lei os seus destinatários.

Constantemente os órgãos judiciais e partes aplicam o direito judiciário, pautando esses comportamentos pelos preceitos nele contidos.

Na nossa vida comum privada, a todo instante estamos dando eficácia e aplicação à lei civil, nas nossas relações com nossos familiares, vizinhos etc.

Quanto ao direito constitucional, o Estado, existindo e funcionando lhe dá vida, aplica-o; e o cidadão o vivifica exercendo as suas prerrogativas constitucionais.

### **1) Dinâmica da aplicação do direito**

Que prevê, porém, o sistema jurídico, para os raros e estatisticamente excepcionais casos em que os comportamentos dos destinatários discrepam do preceituado no direito, contrastam com suas exigências mandamentais?

Nas sociedades civilizadas — desde que superados os tempos do exercício forçado das próprias razões e ultrapassado o período da justiça privada, com a assunção, pelo Estado, do monopólio do uso dos instrumentos de coação — em todos os casos de dissídios em torno da aplicação do direito, devem os interessados pedir ao Judiciário que ponha termo à contenda, aplicando o sistema jurídico, mediante um julgamento em que se defina qual exatamente o direito aplicável ao caso (CELSO BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**, pág. 178).

Em todas as hipóteses, com a única exceção do direito administrativo — por motivos que logo se evidenciarão —, entre o comando da lei e o destinatário, não se pode interpor nenhum outro critério relacional. Não cabe a intermediação de nenhum órgão, pessoa ou função pública ou privada.

A lei cria imediatamente os direitos, estabelece os deveres, engendra as obrigações.

Desde o instante em que incida a lei — pela ocorrência dos fatos previstos em sua hipótese — os seus destinatários já são investidos em direitos e deveres, já se envolvem em relações jurídicas. Quando muito, em uma ou outra hipótese requer-se um ato declaratório. Não mais.

Qualquer norma infralegal, portanto, que pretenda intermediar entre o comando legal e o seu destinatário ou ampliará o seu conteúdo, sentido e alcance, ou o reduzirá. Estas duas alternativas são inoportáveis no nosso sistema.

Estas considerações impõem, portanto, verificar a impossibilidade de regulamentação das leis civis, processuais, comerciais, trabalhistas, penais etc.

Apoiado em idênticas razões CELSO BASTOS sustenta:

“Daí ser impossível a regulamentação de leis como o código civil, penal etc., que não envolvam qualquer participação da administração no cumprimento de suas normas” (**Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed., pág. 177; tal é, outrossim, o pensamento de SÉRGIO FERRAZ, *op. cit.*)

Os destinatários — no nosso sistema — recebem direta e imediatamente os seus comandos, interpretam-nos e os aplicam diretamente, arcando com as conseqüências de suas decisões. No caso de conflito de interpretação entre os destinatários, o sistema prevê o necessário e obrigatório recurso ao Judiciário como única forma de solução do litígio (até mesmo os casos de desforço imediato não deixam de ficar sob a censura judicial, embora posteriormente).

## 2) Leis cujo destinatário é o Poder Executivo

No nosso sistema jurídico — que consagra como princípio básico o da tripartição do Poder — adotou-se estrita formulação que confere ao Poder Executivo a condição de destinatário por excelência das leis de direito administrativo. Estas estabelecem em seu favor uma série de direitos e pretensões, bem como deveres e obrigações **diante** dos administrados. É evidente que tais direitos são titularizados pelo Estado; porém, a Constituição prescreve que o seu **ramo executivo** — da expressiva linguagem do direito norte-americano — é o órgão que o representa, quando a matéria da lei é administrativa.

A peculiar disciplina constitucional do relacionamento entre o Estado e os cidadãos (e terceiros, também titulares dos direitos individuais) e ainda o mecanismo de freios e contrapesos, que peia o Executivo, engendra peculiaridades que ensejam e mesmo postulam a intermediação de preceitos regulamentares entre a lei e os seus destinatários (administração e administrados).

Outras vezes, o destinatário da lei é o administrado, enquanto tal.

Nesses casos, também, se faz sentir a oportunidade de preceitos, convencionalmente designados regulamentares, em virtude de propecta tradição.

Como estas normas têm significativa importância no sistema jurídico e engendram múltiplas relações entre administração e administrados, importa conhecer-lhe o regime constitucional, em seus traços básicos e implicações fundamentais.

### 3) O argumento a fortiori

Nem se escusa o abuso consistente na edição de decreto regulamentar excessivo da sua esfera própria, com o argumento de que o Presidente da República pode expedir decretos-leis e, pois, podendo o mais, certamente pode o menos (v., a propósito, ROQUE CARRAZZA, **O Regulamento...**, cit.)

Tal primário argumento não mereceria sequer consideração, não fosse o estado crítico e alarmante de nossa jurisprudência (v. nosso **Decreto-Lei na Constituição**, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo).

A prevalecer esse nível primário de argumentação, então poder-se-ia dizer que o Supremo Tribunal Federal, já que pode modificar decisões de outros tribunais do País, com maior razão poderia condenar, em instância originária, qualquer pessoa, sem processo, às penas máximas.

O Legislativo — nessa ordem de raciocínio — já que pode fazer leis, poderia praticar atos administrativos quaisquer, bem como revogá-los e modificá-los e ainda praticar atos judiciais. . .

Nem se alegue que há excesso de formalismo inútil, quando se propõe exegese estrita ao regime jurídico da faculdade regulamentar, como o fizemos.

VICTOR NUNES LEAL — com sua autoridade de mestre do direito público e magistrado consagrado de nossa Suprema Corte —, a propósito da diferença de regimes jurídicos entre o decreto-lei e o decreto regulamentar, no regime francamente autocrático de 37, já lecionava:

“No tocante, porém, à distinção entre lei e regulamento, isto é, para se saber se o Presidente da República, podendo expedir sobre o mesmo assunto um decreto-lei ou um regulamento, promulgou uma norma legal ou uma simples norma regulamentar, é imprescindível a invocação da competência constitucional. Se o Presidente expede normas com fundamento nos arts. 11 ou 74, **a**, tais normas serão consideradas apenas regulamentares, e a sua obrigatoriedade fica na dependência de confronto com as disposições legais em vigor. Se, entretanto, a competência invocada for a dos arts. 12, 13, 14 e 180, teremos normas legais, cuja aplicação só poderá ser negada por motivo de inconstitucionalidade” (**Problemas de Direito Público**, Ed. Forense, pág. 69).

#### 4) Panorama atual

Tal é a catadura teórica do tema. Esse é seu delineamento teórico. Al suas linhas mestras.

Entre suas postulações e exigências e a nossa prática efetiva há uma distância abissal. Nesse espaço grassam indiferença, acomodação, omissão, ignorância, complacência e conformismo.

Como conseqüência, os direitos expressivos da liberdade jurídica são postergados, negados, condicionados, sufocados e anulados pelo Executivo.

O Legislativo assiste às usurpações aparentemente impotente, descrente da força que há de haurir na representação de que é titular. As classes jurídicas desanimaram da luta pela valorização das instituições, renunciando à sua missão, salvo honrosas exceções (é o caso da OAB).

O povo parece já não crer na restauração dos valores constitucionais. O Judiciário, tolerante — quando não conivente — não se preocupa mais com o cunho sacro da sua missão precípua de assegurar a supremacia da Constituição.

Nos centros de estudo jurídico limitam-se docentes e discípulos a cultivar uma destreza técnica pedestre e mesquinha, como se fosse possível aos pedreiros ignorar que a perfeição de uma parede depende visceralmente dos alicerces sobre que a mesma repousa.

E nesse clima morno dissolvem-se as instituições, construídas a tão duras penas, ao longo de tanto tempo, de modo tão árduo.

Multiplicam-se órgãos administrativos arrogando-se função regulamentar, mas de fato, na realidade, exercendo função legislativa. Reiteram-se delegações inconstitucionais, por parte do Legislativo.

Multiplicam-se usurpações de função pelo Executivo, com freqüência assustadoramente crescente.

Com tudo isso, desaparecem as salvaguardas da liberdade, que, desarte, deixa de ser direito, para se transformar numa concessão, numa outorga precária, instável e, por isso, revogável ao talante dos grupos que episodicamente empolgam o poder, por mecanismos não institucionais (no sentido lídimo dessa palavra, conspurcada na nossa prática e sofrendo diabólico processo semântico).

Todas as deformações e abusos — que nossa prática enseja desgradadamente ver — decorrem de um acúmulo de fatores que insta superar, para restabelecer o prestígio da ordem jurídica e a restauração do clima de segurança e liberdade a que legitimamente aspiramos; a que temos direito como povo.

Primeiramente, salientem-se as gravíssimas deficiências do nosso ensino jurídico, onde ao lado do despreparo de pretensos **professores**, se desenvolve, com a complacência das classes jurídicas, um currículo que,

entre outros graves defeitos, prevê o ensino de só um ano de direito constitucional, ao lado de 4 anos de direito civil, 3 anos de direito processual, 3 anos de direito comercial, inúmeros de **prática forense** e inutilidades enganosas, que só se prestam para obscurecer os valores institucionais básicos.

Ao lado disso, o clima de desânimo, descrédito e sentido de inutilidade de qualquer esforço, decorrente dos regimes de arbítrio, que caracterizaram os períodos discricionários que têm pontilhado nossa evolução institucional.

Também tem influenciado negativamente o conhecimento e aplicação do nosso direito constitucional uma falsa valorização do direito comparado. Ao contrário de se meditar sobre o direito estrangeiro, para fecundar um estudo crítico de nossas instituições, **escritores** apressados transplantam sem critério institutos, problemas e **soluções** que nada têm a ver com nosso texto. Só assim se explica o prestígio da corrente que estuda o **regulamento autônomo**, instituição que não pode existir no Brasil, à luz de nossas sucessivas Constituições.

Nessa ordem de idéias, surge a teoria, amparada pelo direito positivo de outros países, de **Executivo forte**, de tão desastrosos e deletérios efeitos na nossa prática constitucional e na nossa jurisprudência.

Isto tudo forma o pano de fundo dos preconceitos interpretativos, que AGUSTIN GORDILLO denuncia com tanta propriedade, ao expor as "teorias estadistas do direito público", no seu excelente **Princípios Gerais de Direito Público** (Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1977, pág. 50).

### 5) Unicidade de fonte do direito

Uma notável garantia que aos administrados oferece nosso sistema constitucional está na objetividade com que se trata da questão das fontes do direito.

Resulta claro da leitura do texto constitucional — em benefício da segurança dos cidadãos e terceiros submetidos à ordenação estatal — que só o Legislativo pode emanar normas genéricas e abstratas contendo preceitos vinculantes. Por outro lado, a tessitura democrática informativa do processo de formação das leis garante não só ampla discussão dos projetos, com sua conseqüente publicidade, como possibilidade de colaboração, crítica, advertência e organização de movimentos de esclarecimento ou mesmo pressão sobre os legisladores. É o processo **contraditório** ou dialogal de elaboração do direito, a que tão enfaticamente se refere FRANCO MONTORO.

Isto se deve passar de tal maneira que jamais possam sobreviver surpresa, desigualdade e menos ainda arbitrariedade, contidas no bojo das leis (v. ALBERTO XAVIER, **Os Princípios da Legalidade e Tipicidade da Tributação**, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1978). Completa o quadro a circunstância de haver um sistema estabelecido de controle judiciário da constitucionalidade das leis.

Por esse modo, se pretende ver realizado na sua plenitude o essencialmente postulado pelo princípio republicano, posto como rigidíssimo alicerce de todo o sistema (art. 1º, combinado com art. 47, § 1º).

Nesse contexto, ao administrado — para saber de seus direitos e deveres — basta estar atento às únicas fontes normativas do direito: os órgãos legislativos, federal, estadual e municipal.

Quanto aos regulamentos, sabe-se que só as leis administrativas que os comportam ou requeiram poderão ser deles objeto; e assim mesmo, só nos seus estritos limites.

Nessa esfera objetiva, segura e simples, devia movimentar-se desembaraçada e tranqüilamente o administrado, exercendo sem risco de surpresa seus direitos concernentes à vida, liberdade e propriedade.

Operacionalmente, assim, a pedra de toque de sua tranqüilidade cidadã deve estar na unicidade de fontes normativas e conseqüente unicidade de normas delas promanadas (unicidade por pessoa jurídica de capacidade política: uma só fonte, na União: o Congresso; uma só fonte nos Estados: Assembléia; uma só fonte no Município: Câmara de Vereadores).

Pois, que nos oferece a prática do nosso sistema? Que se vê da vivência diuturna? Legislam, e não só em matéria administrativa, inúmeros órgãos, tais como conselhos, comissões, departamentos etc. Usurpam função legislativa autarquias, empresas públicas e outras pessoas da administração indireta.

Delega-se abusivamente faculdades normativas inaugurais a toda sorte de órgãos e funcionários. Já não sabe o administrado donde virão os próximos constrangimentos. Os deveres se multiplicam. Os comandos se contradizem, se superpõem, se somam.

O administrado se sente inseguro, indefeso. A multiplicidade o surpreende. Desaparece toda veleidade de participação. Não há sequer aparência de lealdade do Estado, no fazê-lo saber do que se trama, que se lhe pretende, que se lhe vai exigir.

Nesse clima, desaparece qualquer idéia de direito. Não se pode falar em sistema. Não cabe cogitar de coerência. Muita vez o administrado só toma conhecimento de uma pretensão administrativa, ao ser punido, por violação de um preceito de cuja existência nem sequer tinha possibilidade de desconfiar.

Com isso se inibe o produtor; se castiga a iniciativa; se sufoca a crítica: se anula a simples vontade de colaboração. Assim se aniquila a liberdade, precisamente o bem jurídico em torno do qual se erigiu a própria noção de Constituição.

A única certeza, nesse clima destruidor, é a do agigantamento do arbítrio, desenvoltura da prepotência, animação da desigualdade, da corrupção, da concussão, do peculato.

Nessa balbúrdia, a crítica, a colaboração não cabem. A deslealdade da autoridade, acostumada à impunidade, se faz regra. Desaparece a legalidade, olvida-se a relação de administração. Desvanece-se o espírito republicano.

Nesse clima, o direito à informação — conseqüência da liberdade de imprensa — perde o sentido; o controle parlamentar perde eficácia; o contraste judicial se amesquinha.

Dar combate ao arbítrio, conter a força desregrada do Executivo, moderar a ação despótica da administração (tarefa hercúlea) parece impossível e inútil. Impossível pelo vulto, complexidade e penetração dos vícios. Inútil porque tudo isso é mera conseqüência, simples sintoma.

O grande mal, fulcro de todo esse desconcerto, está na impunidade das usurpações primeiras, na acomodação do Legislativo, omissivo no seu dever de vigilância, e na autocastração do Judiciário, ao recusar-se a pôr em primeiro lugar, como de seu dever, o assegurar a supremacia da Constituição.

## VII — CONCLUSÃO

Conceder — como nossa infeliz prática o vem fazendo — à competência regulamentar o prestígio que vimos concedendo, no Brasil, de 30 anos para cá, é retornar aos padrões absolutistas, é regredir à concentração de poderes, com total rejeição dos princípios e instituições que fomos penosamente conquistando, ao longo de árdua e cruenta luta já sesquicentenária.

Cruas, porém argutas, as considerações que AGUSTIN GORDILLO tece sobre a **crise** do direito público que vamos conhecendo, tese essa que se desenvolve paralelamente à intensificação do despotismo e desenvoltura do arbítrio.

Sua meditação nos atinge a todos, cada qual na medida de sua responsabilidade. Por isso, atinge os magistrados mais candentemente: eles têm maior responsabilidade nisso. Escreve ele, no seu **Princípios Gerais de Direito Público**, cuja tradução tivemos a honra de prefaciá-lo:

“Neste aspecto pode encontrar-se amiúde — em livros, decisões, acórdãos — variados reflexos de uma certa insensibilidade humana e uma certa insensibilidade em relação à Justiça. Quando quem analisa a controvérsia concreta entre o indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado; quando na dificuldade do problema jurídico se abstém de abordá-lo e o resolve, favoravelmente, ao poder público, certo de que essa simples circunstância lhe dá alguma cor de legalidade; quando cria, propaga e desenvolve supostas **teorias** que sem fundamento nem análise dão estes e aqueles poderes ao Estado; quando desconfia, evita e nega os argumentos que em certo caso parecem reconhecer um âmbito de liberdade;

quando como os débeis se inclinam para o sol dos poderosos — no caso o Estado — então, está sendo destruída uma das mais belas e essenciais tarefas do Direito Público; a proteção da liberdade humana.

Mais lamentavelmente ainda é que essas atitudes não costumam ser defendidas; ninguém diz abertamente que o Estado é tudo e o indivíduo nada; ninguém pensa assim, seriamente. Inclusive é possível que se expresse com veemência sobre os abusos dos poderes públicos, e o respeito às garantias individuais... porém de que vale essa eloquência, se quando se trata de dar uma solução a um problema concreto — há uma pequena questão que não decide a vida e a morte do indivíduo, mas que representa um verdadeiro conflito entre autoridade e indivíduo — são esquecidas as declamações e se resolve facilmente que esse indivíduo nesse caso não tem razão? De que valem aqueles **princípios**, se a seguir em cada matéria e questão de pormenor, se esquece, contradiz e destrói? Este é um dos principais problemas políticos que afetam o Direito Público.”

Escreveu Seabra Fagundes, no seu clássico **controle** que “o direito escrito, tendo a sua mais forte razão de ser na necessidade de excluir o arbítrio do desenvolvimento das relações sociais, pressupõe necessariamente limitação de atividades, segundo os seus textos... sendo a função administrativa... essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto **legal** autorizando-a, ou além dos limites deste” (pág. 107).

Expedir regulamento sem lei (ou contra a lei) é atentar contra a Constituição (art. 82, VII). Acatá-lo, sem resistir, é compactuar com a negação da ordem jurídica.

Aplicá-lo, o Judiciário, importa consagrar o despotismo e negar o próprio fundamento de sua majestade, destruir a própria norma que lhe atribui a missão sagrada de velar pela Constituição.

A vista do exposto, sugerimos que a Ordem dos Advogados do Brasil, reunida em Congresso, denuncie como atentatório da liberdade e demais direitos assegurados na Constituição os regulamentos inconstitucionais do Chefe do Executivo: as usurpações de função legislativa, ou (o que é mais grave) as delegações legislativas que se vêm multiplicando assustadoramente: as omissões do Legislativo, no elaborar leis que preencham as verdadeiras necessidades sociais e administrativas e leis que assegurem punição aos excessos denunciados; aos advogados, assessores jurídicos, consultores e demais exercentes de funções jurídicas que denunciem, se insurjam, resistam aos abusos manifestados a propósito de cada caso concreto; ao Judiciário, para que assumam, até as últimas conseqüências, a função de guardião da Constituição e dispensador da proteção das leis a todos que batam às suas portas.

E aos formadores da consciência jurídica, que dêem a devida ênfase ao estudo do direito constitucional.