

Poder regulamentar e inovação da ordem jurídica

121

Janaina Schoenmaker

Advogada no Estado de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais. 2. Dos fundamentos do poder regulamentar na doutrina. 3. Da tripartição de poderes e funções. 4. Da interpretação do princípio da legalidade expresso no art. 5º, II da Constituição Federal pelos autores. 5. Considerações finais.

1. Aspectos gerais

Na esteira da tradicional doutrina do Direito Administrativo, somente leis podem inovar originariamente na ordem jurídica — e não regulamentos.

Não é, todavia, o que se tem visto na prática, verificando-se que nem sempre essa máxima tem sido obedecida.

Com efeito, o entendimento acima delineado, esposado por renomados autores como OSWALDO ARANHA DE MELLO, traduz pensamento que hodiernamente ainda é bastante aceito, mas de difícil constatação na rotina da Administração Pública (MELLO, 2003:312).

O que de fato se extrai do conteúdo de inúmeros regulamentos, sob a ótica de outros doutrinadores, é que eles inovam na ordem jurídica e tornaram-se fonte primária de direito.

O presente artigo tem por fim analisar os aspectos legais e doutrinários que ensejam divergências de posicionamento acerca da possibilidade de regulamento inovar na ordem jurídica, sob a ótica dos renomados doutrinadores CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e EROS ROBERTO GRAU.

2. Dos fundamentos do poder regulamentar na doutrina brasileira

Cumpre-nos versar, inicialmente, acerca dos posicionamentos doutrinários quanto aos fundamentos do poder regulamentar.

O respeitado administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no discorrer de toda sua doutrina, demonstra posicionamento bastante rígido quanto ao princípio da legalidade, tendo adotado entendimento de que os preceitos da Magna Carta correspondem ao ideário do Estado de Direito, que estabelece o governo das leis, não dos homens (2003:313).

Na esteira do entendimento do citado doutrinador, o fundamento constitucional do poder regulamentar encontra-se no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal que assim dispõe (2003:318):

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel consecução;”

122

Ademais, consigna que o princípio da legalidade, disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, estabelece que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, o que claramente enseja o juízo de que os regulamentos serão expedidos para fiel consecução de leis e não poderão inovar na ordem jurídica obrigando alguém a fazer ou deixar de fazer algo (MELLO, 2003:312-313).

Lembra, ainda, que o art. 37 da mesma forma submete a Administração Pública direta e indireta ao princípio da legalidade (2003:313).

Em síntese, o professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO posiciona-se no sentido de uma legalidade estrita à atuação da Administração Pública (2003:313). Esta, no seu entender, somente poderá fazer o que Lei expressamente a autorizar, sendo administrar nada mais que aplicar a lei de ofício e o Executivo, a *longa manus* do legislador (2003:315).

Não por outra razão, assevera, o regulamento detém o condão de disciplinar a discricionariedade da conduta do administrador, dispondo sobre a operacionalização técnica de determinada lei diante da dicção *“inespecífica”* da mesma, por exemplo (2003:320,328-329). Se assim não fosse, cada administrador poderia agir diferentemente perante situações iguais, com ampla discricionariedade e em ofensa ao princípio da isonomia (2003:320,329).

Outrossim, na medida em que o regulamento estabelece um nível de concreção mais denso e mais particularizado do que residente na lei, terá o condão, segundo o

autor, de comprimir as alternativas admissíveis em face dela, restringindo a discricionariedade dantes existente (2003:331).

Diversamente do renomado professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o ministro EROS ROBERTO GRAU tece teoria menos restritiva e apegada à interpretação literal da Constituição Federal no que concerne ao poder normativo do Poder Executivo. Sua teoria, como se verá no decorrer do presente artigo, é bastante complexa e realista, sendo mais condizente à prática do princípio da separação dos poderes do país e do mundo, na nossa modesta opinião.

Conforme o autor ora em comento, o fundamento do poder regulamentar do Poder Executivo está na atribuição de poder normativo da Administração, que decorre de uma atribuição de potestade normativa material, de parte do Legislativo ao Executivo, e não no poder discricionário ou na delegação de poder (2000:181). Ainda, tem por fundamento da função normativa, enquanto faculdade a ser exercida pelo Executivo — função regulamentar — não a atribuição para seu exercício, mas na vocação do ordenamento jurídico a realizar-se como um todo, para o que considera indispensável a ativação da função normativa em sua globalidade (2000:186).

A forma pela qual constrói seu raciocínio se dá pela (i) desmistificação da teoria da separação absoluta dos três poderes e de sua impenetrabilidade absoluta (2000:170); (ii) da distinção entre poderes e funções e sua classificação sob o critério organizacional e material (2000:171,173); (iii) da compatibilização entre esses critérios e a anunciação de função normativa como aquela de emanar estatuições primárias, em decorrência de exercício de poder originário e poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos (2000:175-177); e (iv) da subdivisão da função normativa em função legislativa — exercida pelo Poder Legislativo, função regulamentar — exercida pelo Poder Executivo, e função regimental — exercida pelo Poder Judiciário, com vistas à realização do ordenamento como um todo e em sua globalidade (2000:175).

Veja que a separação de poderes consiste em ponto fulcral para a solução da questão de ser ou não possível ao Poder Executivo inovar na ordem jurídica, bem como a distinção entre funções e poderes passamos a sua análise, sob a ótica dos autores *sub examine*.

3. Da tripartição de poderes e funções

a) Da tripartição de poderes

Há claro dissenso entre os autores quanto à interpretação da teoria da separação dos poderes.

Extrai-se do ensinamento do jurista EROS ROBERTO GRAU que a absoluta separação dos poderes é mito (2000:167) e não se faz praticável hodiernamente. O que de fato deve ser buscado é o equilíbrio entre os três poderes, sendo possível o exercício de funções diversas por eles.

O fundamento para esta colocação é de que a Constituição Federal vigente não abraça a teoria de separação de poderes como forma absoluta, mas somente visa à independência e harmonia entre os mesmos (2000:182-189).

O raciocínio pelo qual fundamenta seu pensamento será descrito a seguir.

Historicamente, segundo afirma, a separação em MONTESQUIEU é mecanismo

imediatamente voltado à promoção da liberdade do indivíduo (2000:168), sem que sustentasse a impenetrabilidade de um pelos outros (2000:170). Cogita, todavia, na distinção entre os poderes, que devem atuar em clima de equilíbrio e para que este exista, impõe-se ao Poder Executivo que exercite parcelas de função não executiva, mas legislativa (2000:171).

Assim, *v.g.*, o citado autor distingue Poderes Executivo e Legislativo e funções executiva e legislativa, sendo que o Poder Executivo é exercido sobre coisas momentâneas — e o Legislativo, sobre coisas estáveis — no exercício de uma capacidade normativa de conjuntura, pelo que extrai a inexistência de incompatibilidade entre esse exercício e a doutrina postulada por MONTESQUIEU (2000:171).

Acrescenta que a função normativa (regulamentar) é dever-poder de certos órgãos e ativado em coerência com as linhas fundamentais e objetivos determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito do seu desempenho, os quadrantes da lei. Motivações de premência e celeridade do tratamento estatal em questões de ordem econômica e financeira — que detêm particular regime, exigem atuação do Poder Executivo com fulcro em seu poder normativo, não se podendo falar em absoluta tripartição de poderes e funções (2000:172-173).

Verifica-se do artigo do professor EROS ROBERTO GRAU que, em linhas gerais, distingue poderes de funções e entende que a separação de poderes não visa apartá-los completamente, mas torná-los harmoniosos no exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional, em especial nos dias de hoje, haja vista a exigência de um maior dinamismo e celeridade na resposta do Estado a questões de ordem econômica, financeira e social.

124

CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, abraça a separação dos poderes de forma menos elástica, justificando-a para garantir a manutenção do Estado de Direito e defesa do indivíduo contra o Poder Público, negando ao Executivo força jurídica para estabelecer as regras que impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas (2003:314).

Seu raciocínio para esse entendimento segue a linha de que a Constituição Federal — e os preceitos constitucionais dispostos nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV, para ele, reforçam esta idéia — responde aos objetivos fundamentais do Estado de Direito e exprime o ideário e preocupações de gerações que sofreram o impacto do governo dos homens e não das leis (2003:313). Desta forma, a Magna Carta abraça a tripartição de poderes em seu grau absoluto, pelo que ao Estado somente será permitido atuar nos moldes da lei (princípio da legalidade), aplicando a lei de ofício como única forma de se garantir que os direitos à liberdade e à propriedade não sejam violados (2003:313-315, 317).

b) Da distinção entre poderes e funções

A distinção entre funções e poderes permite acatar-se o desenvolvimento de funções legislativas e executivas por todos os três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sem ofensa ao princípio da separação de poderes. É dizer, a importância desta distinção na interpretação da teoria da separação dos poderes se dá para o fim de averiguar-se a constitucionalidade, *v.g.*, do exercício da função regulamentar pelo Poder Executivo não só em sua modalidade executiva no Brasil.

Enfim, aceitar-se a distinção em exame permite interpretação da separação dos poderes de forma relativa — ou da forma como inicialmente pensada por seus fundadores - com vistas ao equilíbrio entre os poderes e não sua total alienação e exclusividade do desenvolvimento das funções que lhe são essenciais.

Como se viu, o ministro EROS ROBERTO GRAU admite a distinção entre poderes e funções e não a considera o exercício de diversas funções pelos outros poderes além do Legislativo, lesiva à teoria da separação dos poderes.

O professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, contrariamente, posiciona-se no sentido de que a cada poder corresponde uma função, sendo que o exercício de função, *v.g.*, legislativa pelo Poder Executivo, salvo nos casos de autorizada delegação constitucional, constitui ofensa à tripartição dos poderes e delegação disfarçada, com sérios perigos à segurança dos administrados (2003:324-325).

É dizer, no seu entendimento, a cada poder — que a seu ver constitui “dever” (2003:321) — confere-se, de modo exclusivo, uma função, respectivamente. Por serem funções correspondentes a cada um dos Poderes, são assim, como regra, indelegáveis (2003:324).

Isto porque a Constituição Federal, na esteira do pensamento do autor, estabeleceu a separação de poderes de modo que cada um detém o dever-poder de desempenhar autonomamente suas funções peculiares, cautela essa estatuída em prol dos administrados.

Segundo o doutrinador EROS ROBERTO GRAU, o poder estatal compreende várias funções. Classificando-as mediante a adoção do critério de sistema organizacional, conforme a divisão dos poderes, ter-se-á as funções legislativa, executiva e jurisdicional. Adotando-se o critério material, ter-se-á a função normativa — de produção da normas jurídicas (= textos normativos), função administrativa — de execução das normas jurídicas e função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas (2000:175).

Desta feita, tem para si que melhor se interpreta a realidade dos poderes como centros ativos, precipuamente, de determinadas funções, quando analisados sob o critério organizacional. Já sob o critério material, a função estatal é expressão de poder estatal, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e objetivo de um dever jurídico, que liberta da tradicional classificação das funções estatais segundo critério institucional (2000:177).

Em outras palavras, com esteira na doutrina de RENATO ALESSI, o ministro EROS ROBERTO GRAU distingue a função normativa da função legislativa (2000:178), o que o auxilia na argumentação desenvolvida quanto à questão da tripartição dos poderes e das funções estatais, bem como edição pelo Poder Executivo de preceitos jurídicos que inovam na ordem jurídica e implicam em obrigações de fazer e não fazer com base em sua função normativa.

O modo pelo qual isso se dá consiste na relativização da separação dos poderes e no fato de que aparta do Poder Legislativo o dever de legislar *in totum*, subdividindo esta função entre os demais Poderes, sob a forma de função normativa (2000: 177-181).

A distinção entre função normativa e função legislativa é construída sob a ótica de que esta decorre da idéia de divisão de Poderes, a partir de uma perspectiva subjetiva, que consiste na emanação de atos (estatuições primárias, isto é, que valem por força própria) voltados à integração do ordenamento jurídico. A função legislativa, portanto, é a que emana estatuições primárias geralmente



mas não necessariamente, com conteúdo normativo, sob a forma de lei (2000:179).¹

A função legislativa é tautológica e, conforme afirma, para superação de distorções dela decorrentes, faz-se necessário recorrer ao texto constitucional. Outrossim, para distingui-la da função normativa, faz-se necessário manipular os critérios material para esta e formal para aquela, que decorre, nesta última, do sistema organizacional da divisão dos poderes (2000:180).

Portanto, libertando-se da tradicional classificação das funções estatais, conclui que a função normativa é aquela que emana estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos (2000:180).

Exato. Conciliando os critérios material e organizacional de classificação das funções estatais, o ministro conclui que a função normativa (material) compreende a função legislativa e a função regulamentar (institucionais) — mais a função regimental, se considerada a normatividade emanada do Poder Judiciário. E, desta forma, entende que na atribuição de função normativa ao Executivo não há derrogação do princípio de separação dos poderes visto que não se faz presente delegação de função legislativa, uma vez que o Poder Legislativo não é detentor do monopólio de parcela da função normativa, qual seja, a função legislativa (2000:181).

A diferenciação acima discorrida influencia no entendimento do professor EROS ROBERTO GRAU quanto ao regulamento editado pelo Poder Executivo. Ainda com escólio no ensinamento de ALESSI, aduz que os regulamentos são estatuições primárias, ainda que não emanados de um poder originário. Por isso se apresentam como derivados, no sentido de que devem fundar-se sobre uma atribuição de poder normativo contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal. Ademais, o exercício da função regulamentar pelo Executivo não decorre de delegação de função legislativa ou no poder discricionário da Administração, mas sim de atribuição de poder normativo (2000:181).

Por fim, sob a égide da distinção entre função legislativa e normativa, o autor destaca que o princípio da legalidade não pode ser utilizado como óbice ao Poder Executivo na produção de regulamentos outros que não só os de execução (2000:184).

4. Da interpretação do princípio da legalidade expresso no art. 5º, II da Constituição Federal pelos autores

Não se poderia finalizar o presente artigo sem dispor acerca da divergência entre os doutrinadores quanto à interpretação que fazem a respeito do princípio da legalidade expresso no art. 5º, inciso II da Constituição Federal.

¹ Vale transcrever a exposição do doutrinador que, com base em ALESSI, trata da distinção entre norma e lei: “Norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão ematente), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valores de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E, assim, temos três combinações possíveis: a **lei-norma**, **lei não-norma** e a **norma não-lei**” (2000:179).



Enquanto o administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que há reserva de lei absoluta — aplicação cabal do princípio da legalidade, sendo que só lei poderá obrigar alguém a fazer ou não algo (2003:312-313), o doutrinador EROS ROBERTO GRAU consigna que o princípio da legalidade disposto no art. 5º, inciso II da Constituição expressa reserva de lei em termos relativos (2000:184).

O primeiro aduz que o termo “lei” traduz-se em preceito jurídico elaborado exclusivamente pelo Poder Legislativo (2003:334-336), o segundo de que o termo “lei” equivale a norma e, portanto, consiste em dispositivos legais, regulamentares e regimentais (2000:184).

Vale ainda dizer que o ministro EROS ROBERTO GRAU, com base no entendimento de que no inciso II do art. 5º da Constituição Federal consagrou-se o princípio da legalidade em termos relativos e de que isso equivale a dizer que não há reserva de lei, mas reserva de norma, conclui que há vinculação da Administração às definições decorrentes de lei, fixadas em virtude dela — norma, que pode tanto ser legal, regulamentar ou regimental (2000:184). Daí porque não há impedimento de atribuição, segundo o autor, ao Executivo para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares e os vincule, o que não implica em exercício de delegação legislativa (2000:184).

Para compatibilizar seu entendimento de que o Poder Executivo, por meio de regulamento, pode criar obrigações de fazer e não fazer aos particulares, o doutrinador em exame argumenta (i) que, diversamente de outros dispositivos constitucionais (como os do art. 5º, XXXIX, art. 150, I e parágrafo único do art. 170), o art. 5º, II, consagrou o princípio da reserva de norma ou de reserva de lei relativo (2000:184); (ii) que aquele Poder atuará em razão da função normativa, e não de delegação legislativa ou derrogação do princípio da divisão dos poderes (2000:184-185; (iii) que a função regulamentar integrante da função normativa, consiste na emanção de estatuições primárias, em decorrência de poder derivado, com conteúdo normativo (2000:185); (iv) que essa atribuição conferida ao Executivo pelo Legislativo consubstancia permissão para o exercício de função que é própria do Executivo, como faculdade vocacionada à integração do ordenamento jurídico (2000:186); e (v) que a interpretação por ele defendida guarda compatibilidade com a ideologia consagrada no vigente texto constitucional, que exige de modo intenso ação do Executivo na aproximação cada vez maior entre política e direito (2000:187).

Por fim, defende que na realidade do Direito brasileiro existem três tipos de regulamentos: os de execução, os ‘delegados’ e os autônomos (2000:187).

Os regulamentos de execução decorrem de atribuição explícita do exercício de função normativa ao Executivo — art. 84, inciso IV. A eles se aplicam o entendimento que prevalece na doutrina a respeito dos regulamentos em geral, o que equivale a dizer que os regulamentos executivos são expedidos em relação a todas as leis e o seu conteúdo será o desenvolvimento da lei (2000:187).

Os regulamentos autorizados ou delegados, por sua vez, são emanados a partir de atribuição explícita do exercício de função normativa ao Executivo e ficam limitados ao âmbito da atribuição (2000:188).

Já uma terceira categoria de regulamento, os regulamentos autônomos ou independentes, são emanados de atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, conforme definição constitucional ou decorrente de sua estrutura e servem ao exercício de viabilizar a sua atuação (2000:188).



Acompanhamos o entendimento do professor EROS ROBERTO GRAU no sentido de que há reserva de norma no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal visto que esta foi clara nos casos em que dispôs sobre reserva de lei. Se não bastasse isso, a tripartição dos poderes por ela esboçada não permite concluir que ao Poder Executivo vetou-se o poder de agir no sentido de obrigar a fazer ou deixar de fazer certa pessoa privada, sobretudo em situações técnicas e conjunturais hoje existentes.

5. Considerações finais

A máxima de que regulamento não tem o condão de inovar na ordem jurídica encontra barreiras de ordem prática, não sendo obedecida haja vista que inúmeros regulamentos inovaram na ordem jurídica ao imporem direitos e obrigações, podendo-se citar aqueles pertinentes ao Imposto de Renda, outros editados pela Comissão de Valores Monetários, pelas Agências Reguladoras, pelos Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas etc.

Dentre inúmeros fundamentos à impossibilidade de aplicação cega e absoluta da teoria da separação dos poderes e reserva legal da Constituição de 1988, há que se destacar a celeridade das relações comerciais e financeiras e o constante avanço social e tecnológico mundial, pelo que o demorado processo legislativo faz-se incompatível com a premência de tratamento jurídico dessas espécies, em que pese o sacrifício relativo do aspecto democrático envolvido.

128

Entende-se, ademais, que se dado fenômeno ocorre em demasia, ou se está à beira de colapso do sistema, ou as teorias que não mais refletem a realidade.

Sob esta ótica, vimos que os alicerces para posicionamentos doutrinários rígidos com vistas à manutenção da referida máxima encontram-se estremecidos ou até mesmo nunca existiram de fato.

Assim, compartilhamos da orientação do ministro EROS ROBERTO GRAU quanto à inaplicabilidade da teoria da separação dos poderes em termos absolutos ao Brasil, a um, porque a Constituição Federal assim não o determinou, a dois, porque entendimento diverso não condiz com a realidade brasileira — que há muito não segue essa filosofia — muito menos com as necessidades de respostas céleres e eficientes no âmbito social, econômico e financeiro (de natureza técnica e conjunturais) que hoje se encontram presentes e dizem mais respeito à atuação do Poder Executivo.

E, sendo assim, acatamos sua distinção quanto a funções e poderes, e a possibilidade de o Poder Executivo inovar na ordem jurídica por meio de seus regulamentos.

Quiçá uma reforma política possa diminuir, ao menos, a necessidade de inflação normativa por parte do Poder Executivo com vistas à governabilidade do país, a fim de que o princípio democrático seja de algum modo respeitado. Isso não nos impede, todavia, de constatar e aceitar a queda ou transformação do sistema de legalidade herdado de longínquos tempos e terras.

Bibliografia

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. . 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.



GRAU, Eros Roberto. *Direito Posto e Pressuposto*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.