

O conflito entre o regulamento autônomo e a lei

Felipe Nogueira Fernandes

Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério do Esporte.

Resumo: A concepção liberal que moldou o constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX enfatizou a proteção das liberdades individuais e concentrou a função normativa no parlamento. Na medida em que o Estado passou a intervir mais ativamente sobre o domínio econômico e social, tornou-se necessário atribuir competência normativa ao Poder Executivo. Uma das expressões do poder normativo do Executivo consiste no regulamento. No Brasil, o texto original da Constituição de 1988 não previu a expedição de regulamentos autônomos. Essa possibilidade adveio da Emenda nº 32, de 2001, que autorizou o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Pública, desde que não houvesse aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgão público. Resultaram duas correntes de pensamento acerca da extensão do poder regulamentar autônomo. A primeira delas é no sentido de que a Emenda nº 32 teria criado uma reserva de regulamento. A outra, em sentido oposto, defende a preservação da competência do Congresso Nacional para dispor sobre as matérias que possam ser objeto de regulamento autônomo. Não obstante a previsão de decreto autônomo, a Constituição manteve a atribuição do Poder Legislativo para tratar de todas as matérias de competência da União, entre elas a organização administrativa federal. Portanto, conclui-se que não haveria reserva de regulamento no ordenamento jurídico brasileiro. Ao lado disso, em face do princípio da legalidade, o regulamento que trate de organização administrativa deve necessariamente respeitar eventual lei que disponha sobre a matéria.

Palavras-chave: Poder regulamentar. Decreto autônomo. Lei. Organização administrativa. Conflito. Princípio da legalidade.

Sumário: 1 Introdução – 2 O poder regulamentar – 3 Espécies de regulamentos – 4 O regulamento autônomo no direito brasileiro – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

Quando surgiram as primeiras democracias liberais, a separação dos poderes ou funções estatais emergiu como princípio fundamental para a garantia das liberdades individuais. A função normativa foi concentrada nas mãos do parlamento. O Estado era então caracterizado pelo seu absentismo. A preservação das liberdades individuais então

conquistadas dependia da omissão do Estado, que se limitava a exercer as atividades que não poderiam ser desempenhadas pelos particulares, como a administração da Justiça, a defesa externa e a segurança interna.

Esse quadro foi radicalmente alterado durante o curso do século XX. Por diversos fatores, o Estado assumiu um papel muito mais ativo, passando a intervir no domínio social e econômico. A ação estatal interventiva exige a produção de normas jurídicas de conteúdo técnico com agilidade, pois as políticas públicas surgem e se cristalizam por meio de normas jurídicas (DERANI, 2006, p. 136). O aparato de produção de leis desenhado após as revoluções liberais do século XVIII mostrou-se inapropriado para atender a essa demanda (FERREIRA FILHO, 2001, p. 275). Nesse contexto, o Poder Executivo assumiu uma função normativa mais ampla. Conforme explica Saldanha (1987, p. 64), a dilatação dos poderes do Executivo foi uma das consequências do Estado Social.

Um dos instrumentos pelos quais o Poder Executivo exerce sua função normativa são os *regulamentos*. Na França, a Constituição de 1958 contém disposição que confere amplo poder regulamentar ao Executivo (art. 37),¹ na medida em que estabelece uma espécie de *reserva residual de regulamento* em contraposição às matérias que são do domínio da lei em sentido formal (art. 34). No Brasil, entre a promulgação da Constituição de 1988 e o advento da Emenda n° 32, de 2001, era dominante o entendimento de que o poder regulamentar do Presidente da República se restringia aos chamados *regulamentos de execução*, destinados à complementação das leis (CLÈVE, 2000, p. 294). Porém, com a nova redação dada ao inciso VI do art. 84 da Constituição pela Emenda n° 32, tornou-se explícita a possibilidade de edição de *regulamentos autônomos*, destinados a disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, desde que não implique despesa nem haja a criação ou extinção de órgão público.

Daí surge a questão da solução a ser dada no caso de conflito entre a lei e o ato normativo emanado do Chefe do Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar autônomo que lhe foi atribuído pela Constituição. Em outros termos, é necessário avaliar se a lei pode versar sobre as matérias que a Constituição inseriu no âmbito do decreto

¹ "Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire".

autônomo. Em caso afirmativo, deve-se então analisar se o regulamento que venha a ser expedido sobre tais matérias estaria ou não subordinado à lei. É esse o propósito do presente artigo.

2 O poder regulamentar

O termo “regulamento” não é unívoco. Em sentido amplo, os regulamentos são os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo. Em sentido restrito, são os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo que se destinam à fiel execução das leis. Certos agentes públicos têm competência para editar atos normativos com a finalidade de desenvolver as normas legais. Ao expedir esses atos, desempenham o poder regulamentar (GASPARINI, 2005, p. 117). Nas palavras de Carvalho Filho (2005, p. 42), “o poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”. Portanto, o poder regulamentar consiste em uma das formas de exercício da função normativa do Poder Executivo (MEDAUAR, 2007, p. 114).

Tratando-se de normas jurídicas, os regulamentos são preceitos imperativos, gerais e abstratos (CYRINO, 2005, p. 67). Tal como as leis em sentido material, dos regulamentos emanam disposições gerais e abstratas. Pode-se dizer que o regulamento assemelha-se à lei em sentido material em relação ao conteúdo. Porém, distingue-se dela quanto à sua fonte e natureza jurídica. Enquanto a lei consiste numa norma originária (ou primária); em regra o regulamento tem natureza de norma derivada (ou secundária), na medida em que depende de lei preexistente (CARVALHO FILHO, 2005, p. 42).

3 Espécies de regulamentos

De acordo com a sua relação com a lei, é possível distinguir os regulamentos em dois grupos: (i) os regulamentos de execução; e (ii) os regulamentos autônomos. Os regulamentos de execução destinam-se a desenvolver ou pormenorizar o conteúdo de uma lei. Não podem ampliar ou restringir o âmbito de aplicação da lei, limitando-se a explicitar o seu conteúdo para que seja devidamente executada. Ao revés, os regulamentos autônomos dispensam a existência de lei anterior, extraindo o seu fundamento de validade diretamente da Constituição.

Sobre as espécies de regulamento, cabe citar Justen Filho:

A classificação tradicional reconhece a existência teórica de duas espécies de regulamentos. Há os regulamentos de execução e os regulamentos autônomos. Os regulamentos de execução pressupõem a existência de uma lei, cujas normas são objeto de sua explicitação e desenvolvimento. O regulamento de execução contempla regras mais explícitas destinadas a permitir e a facilitar a aplicação de normas contidas em uma lei. Então, o fundamento imediato de validade das normas dos regulamentos de execução encontra-se nas normas da lei.

Os regulamentos autônomos são aqueles desvinculados de uma lei. O regulamento autônomo encontra seu fundamento de validade diretamente na Constituição, de modo a dispensar a existência de uma lei. Por meio de um regulamento autônomo, são criados direitos e obrigações sem a prévia existência de lei. A adoção de um regulamento autônomo significa que o Poder Executivo inova na ordem jurídica. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 112)

É importante perceber que todos os regulamentos, em último grau, possuem fundamento de validade na Constituição. O que diferencia o regulamento de execução do regulamento autônomo é exatamente a intermediação da lei entre o ato regulamentar e a Constituição. Enquanto no regulamento de execução essa intermediação é absolutamente imprescindível, os regulamentos autônomos podem haurir o seu fundamento de validade diretamente da Carta Política.

Nesse sentido, é pertinente reproduzir o seguinte trecho da obra de Cyrino:

O fundamento do regulamento é sempre a Constituição. No entanto, diferenciam-se duas espécies básicas: (i) os que são editados para a execução ou complementação da lei e (ii) aqueles editados sem qualquer lei prévia, mas com base direta em atribuição constitucional. (CYRINO, 2005, p. 76)

Conforme seus efeitos, os regulamentos também podem ser classificados em: (i) regulamentos externos; e (ii) regulamentos internos. Os regulamentos internos produzem efeitos unicamente no interior da Administração, não atingindo terceiros, a não ser de modo reflexo. Já os regulamentos externos produzem efeitos em relação a terceiros que estiverem sujeitos à incidência da lei regulamentada (CLÈVE, 2011, p. 322-323).

4 O regulamento autônomo no direito brasileiro

Enquanto vigorou a redação original do art. 84 da Constituição de 1988,² sedimentou-se o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro não admitia os chamados decretos autônomos, haja vista que tanto o seu inciso IV como o seu inciso VI exigiam a preexistência de lei para que o Presidente da República pudesse expedir essa categoria de ato normativo.

Esse quadro foi sensivelmente alterado pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que deu nova redação ao inciso VI do art. 84 da Constituição, autorizando que o Presidente da República disponha, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.³ A Emenda nº 32 também alterou a redação do inciso XI do art. 48, que trata das atribuições do Congresso Nacional, excluindo a referência expressa à estruturação de ministérios e órgãos da Administração Pública.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública;

A respeito do tema, assim afirma Gilmar Mendes:

A modificação introduzida pela EC nº 32/2000 inaugurou, no sistema constitucional de 1988, o assim chamado “decreto autônomo”, isto é, decreto de perfil não regulamentar, cujo fundamento de validade repousa diretamente na Constituição.

Ressalte-se, todavia, que o decreto de que cuida o art. 84, VI, da Constituição limita-se às hipóteses de “organização e funcionamento da administração

² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;

³ A expressão “órgão público”, constante do art. 84, VI, “a” da Constituição, deve ser entendida de forma ampla, de modo a abranger também as entidades públicas (autarquias, fundações e sociedades empresárias estatais), a fim de compatibilizar-se com o art. 37, XIX, da Constituição.

federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”, e de “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. Em todas essas situações, a atuação do Poder Executivo não tem força criadora autônoma, nem parece dotada de condições para inovar decisivamente na ordem jurídica, uma vez que se cuida de atividades que, em geral, estão amplamente reguladas na ordem jurídica. (MENDES, 2012, p. 984)

No julgamento da ADI nº 2.564, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o poder atribuído ao Presidente da República para expedir decretos autônomos que disponham sobre a organização e funcionamento da Administração Pública federal, quando não houver aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Esta é a ementa do julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.010, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2001. PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. LIBERAÇÃO DE RECURSOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Os artigos 76 e 84, I, II e VI, “a”, todos da Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de Chefe supremo da Administração Pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional nº 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. (ADI nº 2.564, DJ, 06 fev. 2004, p. 21)

Portanto, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, introduziu o chamado regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, limitado o seu campo de atuação à organização e funcionamento da Administração Pública, vedados a criação ou extinção de órgãos e o aumento de despesa. Em suma, foi atribuído ao Chefe do Poder Executivo o poder de expedir *regulamentos autônomos de efeitos internos*. De certa forma, a Emenda Constitucional nº 32 conferiu ao Chefe do Poder Executivo prerrogativa semelhante à de que já dispunham os demais Poderes, para editar *regimentos internos*⁴ (AMARAL JÚNIOR, 2003). Por isso, essa espécie de

⁴ Vide os arts. 49, VI e VII; 51, III e IV; 52, XII e XIII; 57, §3º, II; e 96, I, “a” e “b”, da Constituição.

ato normativo também é denominada de regulamento de organização, conforme explica José Afonso da Silva:

O regulamento autônomo, no sentido em que é admitido no Direito Constitucional e no direito estrangeiro, não encontra guarida na Constituição. Dá ela, contudo, agora, em virtude da redação dada pela EC-32/2001, fundamento ao regulamento de organização como uma forma limitada de regulamento autônomo. (SILVA, 2009, p. 426)

Essas alterações constitucionais provocaram entendimentos divergentes quanto à existência ou não de uma separação absoluta entre os campos de atuação da lei e do decreto, em particular no que tange à organização e funcionamento da Administração Pública, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Fabrício Motta explica com precisão o alcance da controvérsia:

Formaram-se basicamente duas linhas opostas de entendimento a respeito da questão. Em um lado da disputa, serve como exemplo o fecundo estudo de André Rodrigues Cyrino, para quem as matérias que agora são atribuições normativas autônomas do Chefe do Executivo estão fora do processo legislativo, em razão de mudança no princípio da universalidade temática do Legislativo. Segundo o autor “os regulamentos autônomos existem num âmbito de reserva administrativa delimitada pela Constituição, sendo a invasão dessas matérias pela lei considerada inconstitucional. As matérias reservadas ao regulamento autônomo são as relativas à organização e ao funcionamento da Administração Pública, quando isso não implicar aumento de despesa”. Gustavo Binbenojm, em sentido oposto, entende que a preferência da lei é garantia fundamental dos cidadãos, sendo desdobramento necessário do sistema de separação de poderes do Estado. Nesse sentido, de acordo com o autor, o artigo consagra apenas [...] uma hipótese de admissibilidade expressa do regulamento autônomo — e não uma verdadeira reserva de poder regulamentar. (MOTTA, 2007, p. 163-164)

Ao julgar a ADI nº 2.806, proposta contra lei de iniciativa parlamentar do Estado do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional, dentre outros, o dispositivo que dispunha sobre procedimentos para a aplicação de provas de segunda chamada a alunos de escolas públicas e privadas que faltassem por motivos de crença religiosa (art. 2º da Lei Estadual nº 11.830, de 2002). Dentre os fundamentos expostos pelo Ministro Relator Ilmar Galvão

está a violação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo gaúcho para disciplinar a organização e o funcionamento das escolas públicas do respectivo ente federativo, por aplicação simétrica do art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal. Em seu voto, o Ministro Relator afirma o seguinte:

O art. 2º, por sua vez, no que toca às escolas públicas de primeiro e segundo graus, revela-se ofensivo ao art. 84, VI, “a”, da Constituição, por igual de aplicação extensiva aos Estados, visto cuidar de órgão da Administração, cuja organização e funcionamento hão de ser disciplinados, privativamente, por decreto do Chefe do Poder Executivo. (Voto do Min. Rel. Ilmar Galvão na ADI nº 2.806, p. 366)

Assim está ementado o acórdão da referida ADI nº 2.806:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.830, DE 16 DE SETEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL E DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICOS E PRIVADOS AOS DIAS DE GUARDA DAS DIFERENTES RELIGIÕES PROFESSADAS NO ESTADO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 22, XXIV; 61, §1º, II, C; 84, VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo grau, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual nº 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Ação julgada procedente. (ADI nº 2.806, *DJ*, 27 jun. 2003, p. 29)

Parte da doutrina (ALEXANDRINO, 2004, p. 137; CYRINO, 2005, p. 142-161; e AMARAL JÚNIOR, 2003) sustenta esse mesmo entendimento, ou seja, de que haveria uma reserva privativa de regulamento em relação às matérias que possam ser objeto de decreto autônomo.

É este o fundamento que sustenta a conclusão de que as leis anteriores à Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que dispuseram sobre organização e funcionamento da Administração Pública sem que tenha

resultado aumento de despesa, criação ou extinção de órgão público, teriam sido então “recepcionadas” com *status* de decreto executivo (deslegalização), o que permitiria a sua alteração por regulamento expedido pelo Presidente da República. Já houve casos em que isso efetivamente ocorreu. O art. 32 da Lei nº 10.180, de 2001⁵ foi alterado pelo Decreto nº 4.427, de 2002. Da mesma forma, o Decreto nº 3.995, de 2001, alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.385, de 1976.⁶

Por outro lado, o entendimento de que haveria uma reserva absoluta de regulamento para tratar das matérias indicadas no art. 84, VI, “a” da Constituição conduziria à conclusão de que seriam *formalmente inconstitucionais* todas as leis posteriores à Emenda nº 32, de 2001, que tenham tratado sobre organização e funcionamento da Administração Pública, com exceção dos casos em que tenha ocorrido aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos.

Ao contrário do que defende Amaral Júnior (2003), ante a ausência de disposição constitucional expressa que assim estabeleça, não parece ser consistente o entendimento de que, à semelhança do que ocorre em França, eventuais leis que tratem de matéria reservada ao regulamento autônomo seriam válidas como se decretos fossem. Neste ponto, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal atualmente adota o entendimento de que a sanção presidencial não supre vício de iniciativa (Rp nº 890/GB; ADI nº 700/RJ; ADI nº 2.113/MG). Da mesma forma, *a sanção não seria capaz de convalidar vício ainda mais grave, decorrente de eventual incompetência do Congresso Nacional para disciplinar determinado tema por lei*. Em consequência, o entendimento de que haveria uma reserva de regulamento conduziria à conclusão de que seriam inconstitucionais todas as leis posteriores à Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que violassem essa suposta reserva e que não são poucas.

⁵ Art. 32. Os cargos em comissão, no âmbito da Secretaria Federal de Controle Interno da Corregedoria-Geral da União, assim como os cargos de Assessor Especial de Ministro de Estado incumbido de funções de Controle Interno, serão providos, preferencialmente, por ocupantes dos cargos efetivos da carreira de Finanças e Controle. (Redação dada pelo Decreto nº 4.427, de 17.10.2002) §1º Na hipótese de provimento dos cargos de que trata este artigo por não integrantes da carreira de Finanças e Controle, será exigida a comprovação de experiência de, no mínimo, cinco anos em atividades de auditoria, de finanças públicas ou de contabilidade pública. (Redação dada pelo Decreto nº 4.427, de 17.10.2002)

⁶ Contraditoriamente, o art. 6º da Lei nº 6.385, de 1976, foi alterado por uma lei superveniente à Emenda nº 32 (Lei nº 10.411, de 2002).

Não obstante abalizadas opiniões em contrário, não parece que seja possível deduzir que a Emenda Constitucional nº 32 teria estabelecido uma reserva absoluta de regulamento, intransponível ao Poder Legislativo.

A competência do Congresso Nacional para dispor, mediante lei, sobre “sobre todas as matérias de competência da União” continua prevista no *caput* do art. 48 da Constituição. Por conseguinte, a lista de competências legislativas constantes dos incisos do art. 48 da Constituição não pode ser considerada exaustiva. Não bastasse isso, o inciso IX do próprio art. 48 da Constituição mantém intocada a competência do Congresso Nacional para dispor sobre “organização administrativa [...] da União e dos Territórios”.

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda nº 69, de 2012)

Mais uma vez, cabe citar Justen Filho:

No direito brasileiro, a expressão reserva de lei até pode ser utilizada, mas não apresenta maior utilidade. Em princípio, todas as matérias são reservadas à lei, e o Poder Executivo não pode opor-se a que o Poder Legislativo discipline certos temas por meio de lei. Portanto, a Constituição brasileira reserva todos os assuntos (como regra) para serem disciplinados por lei. Não existe um conjunto de temas subordinados a uma reserva de regulamento. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 113)

Diante disso, pode-se concluir que a Emenda nº 32, de 2001, não retirou do Congresso Nacional a competência para dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública federal, desde que observada a iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, II, “e”, CRFB).⁷ No entanto, o art. 84, VI, “a” da Constituição autoriza

⁷ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e

que o Presidente da República disponha sobre essa matéria mediante decreto mesmo quando não haja prévia lei a respeito, hipótese em que o ato normativo assumiria a feição de regulamento autônomo. Portanto, o Chefe do Poder Executivo não dependeria da existência de lei prévia para disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, desde que não aumente despesa nem se proponha a criar ou extinguir órgão público.

Por conseguinte, o mais consentâneo com os dispositivos constitucionais que atualmente preveem as atribuições do Congresso Nacional e do Presidente da República é que, em matéria de organização administrativa, quando não houver aumento de despesa, criação ou extinção de órgão público, haveria uma espécie de *competência normativa concorrente* entre o regulamento e a lei para tratar do tema.

Outro argumento em favor da ausência de reserva absoluta de regulamento é que a Constituição manteve a competência privativa do Congresso Nacional quanto à criação e extinção de órgãos públicos (art. 48, XI, CRFB). Portanto, caso se considerasse que a organização e o funcionamento da Administração Pública somente pudessem ser disciplinados por decreto executivo, nem mesmo a lei que criasse órgãos ou entidades da Administração Pública poderia disciplinar a sua estruturação interna. Seria algo destituído de substância a lei que, a despeito de criar um órgão ou entidade pública, silenciasse completamente acerca de sua organização e funcionamento. Ademais, são inúmeras as leis posteriores à Emenda nº 32 que tratam de organização interna e funcionamento de órgãos e entidades da Administração Pública federal, proposta pelo próprio Presidente da República.

Além disso, a Constituição ainda mantém diversos dispositivos que atribuem expressamente à lei a função de disciplinar a organização e funcionamento de órgãos e entidades da Administração Pública, como é o caso dos territórios federais (art. 33, CRFB),⁸ do Conselho da República (art. 90, §2º, CRFB),⁹ do Conselho de Defesa Nacional (art. 91,

nos casos previstos nesta Constituição. §1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: [...] e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

⁸ "Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios".

⁹ "Art. 90. [...] §2º A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República".

§2º, CRFB),¹⁰ e da Advocacia-Geral da União (art. 131, CRFB).¹¹ Assim, compreendida em seu conjunto, percebe-se que a Constituição não retirou do Poder Legislativo a competência para dispor, mediante lei, sobre organização e funcionamento da Administração Pública.

Conseqüentemente, em matéria de organização administrativa que não implique aumento de despesa, criação ou extinção de órgão público, pode-se considerar que, desde a Emenda Constitucional nº 32, vigora uma *competência normativa concorrente entre o Chefe do Poder Executivo e o Congresso Nacional*. Cabe ressaltar mais uma vez, entretanto, a impossibilidade de iniciativa parlamentar no caso de leis que versem sobre organização administrativa em geral (art. 61, §1º, II, “b” e “e”, CRFB). Por outro lado, *isso não significa que o regulamento tenha sido alçado ao mesmo patamar da lei*.

É decorrência do Estado Democrático de Direito que todas as pessoas estejam subordinadas à lei, inclusive o Presidente da República. Como ensina Ferreira Filho (2001, p. 204), “é até redundante mencionar a importância da lei no Estado de Direito, dado que este se caracteriza fundamentalmente pela sujeição de tudo e todos à lei”.

Embora o Chefe do Poder Executivo também detenha legitimidade popular, é no Congresso Nacional que se reflete o pluralismo político da sociedade, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, V, CRFB).¹² É no Poder Legislativo onde está assegurada a participação das minorias no processo decisório relacionado aos assuntos públicos. Portanto, nada mais óbvio que a *superioridade da lei em face do regulamento*. Nada mais consentâneo com os princípios democráticos do que a primazia da norma que emana do Congresso Nacional sobre aquela que se origina da vontade de uma única pessoa, ainda que se trate do Presidente da República. Como afirma Bonavides (1986, p. 114), *o princípio da legalidade pressupõe um respeito rigoroso à hierarquia das normas*.

¹⁰ “Art. 91. [...] §2º A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional”.

¹¹ “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

¹² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político”.

Novamente, é relevante mencionar o entendimento de Justen Filho:

É pacífico o entendimento de que o regulamento não pode infringir a lei. O regulamento tem hierarquia normativa inferior ao da lei, de modo que a contradição com a norma legal acarreta a invalidade do dispositivo nele contido. Nenhum doutrinador defende a tese de que uma norma legal poderia ser derogada por meio de dispositivo regulamentar. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 115)

Por isso, aplica-se ao ordenamento jurídico brasileiro o princípio que Canotilho (2003) denomina de *congelamento do grau hierárquico*. A esse respeito, assim explica o professor português:

Quando uma matéria tiver sido regulada por acto legislativo, o grau hierárquico desta regulamentação fica congelado e só um outro acto legislativo poderá incidir sobre a mesma matéria, interpretando, alterando, revogando ou integrando a lei anterior. Os princípios da tipicidade e da preeminência da lei justificam logicamente o *princípio do congelamento do grau hierárquico*: uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra, deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir. (CANOTILHO, 2003, p. 841)

Apesar de haver dispensado a lei no que se refere ao disciplinamento da organização e funcionamento da Administração Pública, quando não houver aumento de despesa, *a Constituição não atribuiu ao regulamento autônomo o mesmo nível hierárquico da norma legal, muito menos dispensou o Presidente da República do cumprimento das leis*, mesmo aquelas que tratem dos assuntos que poderiam ser regulados por via de decreto autônomo. Se a lei que verse sobre organização administrativa é válida ante a Constituição, deve necessariamente ser observada pela Administração Pública, incluído o Chefe do Poder Executivo.

Por conseguinte, considerando que são constitucionais as leis que versem sobre organização administrativa, ainda que não haja aumento de despesa, desde que respeitada a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, deve ela ser fielmente observada por todos. Trata-se de exigência que decorre do princípio da legalidade. Nem mesmo o Presidente da República, no legítimo exercício de seu poder regulamentar, está dispensado do cumprimento da lei. Diante disso, no caso de conflito

entre o regulamento e a lei, mesmo no âmbito de matérias em que seja possível expedir decreto autônomo, *é a lei que deve sempre prevalecer, seja ela anterior ou posterior ao ato do Poder Executivo.*

Sobre o tema, esta é a posição de Clèmerson Merlin Clève:

No Brasil, alguns juristas, vigente a última Constituição, admitiram os regulamentos autônomos. Fundamentavam a tese, basicamente, com o art. 81, V, que dotava o Presidente da República de competência para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”. Hoje, o dispositivo encontra-se (art. 84, VI, da CF) redigido de modo a conferir ao Chefe do Poder Executivo competência para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, bem como a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. O que permite que alguns juristas estejam a defender, vigente a atual Constituição, em virtude da redação conferida pela Emenda Constitucional 32/2001, tratar-se a hipótese do art. 84, VI de verdadeiro regulamento autônomo. Ocorre que o regulamento autônomo reclama a partilha de competência normativa, tal como ocorre na França. Não é o que parece manifestar-se no caso brasileiro. Aliás, o legislador não fica impedido de dispor sobre as matérias elencadas no art. 84, VI. E nesse caso, havendo lei prévia, fica o Presidente da República limitado ao que ela especifica (“organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”), exceto na hipótese da letra “b”, em função da qual está o Presidente da República autorizado a extinguir cargo público criado (necessariamente) por lei. Não há aqui regulamento autônomo. Há, sim, manifestação de “Mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências *já criadas por lei*”. (CLÈVE, 2011, p. 325-326)

Portanto, para Clève (2011), o Congresso Nacional não está impedido de legislar acerca das matérias sobre as quais o Presidente da República possa dispor por meio de “decreto autônomo” (art. 84, VI, “a”, CRFB) e, em assim fazendo, *o Chefe do Poder Executivo fica obrigado a observar o disciplinamento legal.*

Como explica Hans Kelsen (1998, p. 146), “se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior”. Portanto, entre normas de escalões diferentes não pode haver qualquer conflito.

Neste ponto, vale transcrever a lição de Norberto Bobbio:

Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste

na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. (BOBBIO, 2011, p. 97)

Cabe mencionar ainda que um dos fundamentos mais relevantes que levaram à ampliação da função normativa do Poder Executivo foi a sua maior capacidade para editar preceitos jurídicos com *agilidade*, em contraposição ao lento processo legislativo. Segundo André Cyrino (2005, p. 35), “o Poder Executivo, no estado contemporâneo, continua a ter um papel de destaque, gozando de uma série de atribuições ditas atípicas, sobretudo de caráter normativo, diante da necessidade de respostas rápidas e eficientes do aparato estatal”. Mas, para que essa finalidade seja atingida, é suficiente a autorização constitucional para que o Presidente da República, ausente qualquer lei sobre o assunto, baixe normas mediante regulamentos autônomos, entre outros instrumentos legais. Em outros termos, o *fundamento político* que justifica a ampliação do poder regulamentar não autoriza a conclusão de que os decretos emanados do Poder Executivo possam rivalizar com a lei, muito menos se sobrepor a ela. Isso significa que o poder regulamentar autônomo não permite que o Chefe do Poder Executivo descumpra a lei, mas apenas que discipline determinadas matérias autonomamente, quando não houver lei.

Em outro trecho de sua obra, ao explicar o *princípio da precedência da lei*, Clève conclui o seguinte:

O Estado Democrático de Direito exige não apenas uma vinculação negativa (dever de não contrariar), mas também uma vinculação positiva (dever de apontar o fundamento legal) da Administração à lei. Assim, exceto no caso do regulamento de organização, ou para tornar operativa uma norma constitucional (i) aplicável de modo direto ao universo da Administração Pública ou (ii) definidora de direito fundamental dependente da ação do Executivo, não é legítima a edição de regulamento sem a prévia existência de lei. Ora, o regulamento presta-se para favorecer a aplicação da lei. Agora, mesmo os regulamentos baixados, nos casos citados, para viabilizar a aplicação de norma constitucional exigente de ação imediata do Poder Público, inexistindo reserva de lei e mantida a inércia do Legislador, residem em patamar hierárquico inferior ao da lei. Portanto, estes regulamentos expedidos com fundamento direto na norma constitucional não impedem a posterior ação do legislador, cedendo ademais ao comando legal definido por ele. A lei, mesmo neste caso, prefere ao regulamento. (CLÈVE, 2011, p. 320)

É evidente a importância de atribuir flexibilidade para que a Administração Pública se reorganize sempre que necessário. Para isso, a possibilidade de expedir decretos autônomos já é suficiente. Não é razoável que o Presidente da República possa, mediante decreto, desfilar leis anteriores que tratem sobre organização administrativa e que foram originadas de proposições do próprio Poder Executivo. Sempre que houver necessidade de maior flexibilidade, a lei não deve tratar de assuntos inerentes à organização e funcionamento da Administração Pública, sob pena de ocorrer o *congelamento do grau hierárquico da norma* com a consequente impossibilidade de disciplina em contrário por meio de regulamento. Nesse contexto, sem negar a sua subordinação à lei, os regulamentos e outros atos normativos infralegais são capazes de conferir maior flexibilidade ao ordenamento jurídico positivo ao mesmo tempo em que fica mantida a autoridade do Congresso Nacional e a ideia da pirâmide normativa de Kelsen.

5 Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro um campo que seja reservado apenas ao regulamento. Mesmo no caso das matérias que podem ser objeto de decreto autônomo, é constitucional a lei que vier a disciplinar o mesmo assunto, desde que respeitada a iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Em homenagem ao princípio da legalidade, fundamento do Estado Democrático de Direito, o conflito entre o regulamento e a lei só pode resolver-se em favor desta. Não obstante o Presidente da República detenha competência constitucional para expedir decretos autônomos sobre organização e funcionamento da Administração Pública federal, quando não haja aumento de despesa nem criação ou extinção de órgão público, deve respeitar eventual lei que regule o assunto.

The Conflict between the Autonomous Regulation and the Law

Abstract: The liberal constitutionalism that shaped the eighteenth and nineteenth centuries emphasized the protection of individual liberties and focused normative role on parliament. Insofar the state began to intervene more actively on the economic and social domain, it became necessary to assign legislative powers to the executive branch. One of the expressions of the normative power of the Executive is regulation. In Brazil,

the original text of the Constitution of 1988 did not provide autonomous executive ordinances. This possibility came from the Amendment n. 32, 2001, which authorized the Chief Executive to provide by decree on the organization and functioning of public administration, since there was no increase in spending or the creation or dissolution of a public agency. Two schools of thought about the extent of autonomous regulatory power have arisen. The first is in the sense that Amendment n. 32 would have created a reserve of regulation. The other, in the opposite direction, upholds the preservation of the competence of Congress to provide about subjects that may be regulated by independent decree. Despite the provision of autonomous decree, the Constitution maintained the assignment of the Legislature to deal with all matters within the jurisdiction of the Union, including the federal administrative organization. Therefore, it is possible to conclude that there are no reserved field to the executive ordinances in the Brazilian legal regulation. Besides that, because of the principle of legality, the regulation that addresses administrative organization must necessarily respect any law that provides about that kind of matter.

Key words: Regulatory power. Independent regulation. Law. State organization. Conflict. Principle of legality.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto autônomo: questões polêmicas. *Revista Jurídica da Presidência da República*, v. 5, n. 49, jun. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/artigos/art_Levi.htm>.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *A atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *A atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- DERANI, Cristina. Política pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.