UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO/PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

FREDERICO JOSÉ GERVASIO ABURACHID

FUNÇÃO NORMATIVA DO EXECUTIVO E SEUS LIMITES:
A Legística aplicada ao Direito Ambiental

BELO HORIZONTE
2012

FREDERICO JOSÉ GERVASIO ABURACHID

FUNÇÃO NORMATIVA DO EXECUTIVO E SEUS LIMITES:
A Legística aplicada ao Direito Ambiental

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de mestre, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares.

BELO HORIZONTE
2012

ABURACHID, Frederico José Gervasio.

Função Normativa do Executivo e seus Limites: A Legística aplicada ao Direito Ambiental/ Frederico José Gervasio Aburachid–

Belo Horizonte: UFMG 2012
218p.

Dissertação (mestrado) – UFMG/Faculdade de Direito / Belo Horizonte, 2012.

FREDERICO JOSÉ GERVASIO ABURACHID

FUNÇÃO NORMATIVA DO EXECUTIVO E SEUS LIMITES:
A Legística aplicada ao Direito Ambiental

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do grau de mestre em Direito.

Belo Horizonte, 06 de julho de 2012.

Membros da Banca examinadora:

_____

Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

_____

Professor Doutor
Universidade Federal de Minas Gerais

_____

Professor Doutor
Universidade Federal de Minas Gerais

Aos meus pais, Michel e Sonia, por ensinarem desde cedo a importância da família e os valores que devem ser protegidos pelo Direito.

Agradecimentos

À professora, orientadora e amiga, Dra. Fabiana de Menezes Soares, que ilumina a todos com o seu exemplo, conhecimento científico e alegria.

Ao meu filho, João Felipe, já tão amado mesmo antes de nascer, capaz de ensinar a importância do Direito Ambiental para as gerações futuras e inspirar o meu presente e o meu amanhã.

À minha esposa, Virginia, pelo amor que sentimos, pelos momentos roubados, tolerância e discussões filosóficas que contribuíram para essa pesquisa e muito mais.

À Clarissa e Letícia, amigas e colegas do Observatório pela Qualidade das Leis da UFMG, pela significativa contribuição através de seus estudos sobre a Legística.

Aos colegas advogados, empreendedores e companheiros do Sistema FIEMG, pelas contribuições colhidas em suas experiências diárias a justificarem em grande medida a elaboração dessa pesquisa.

A todos os meus familiares, meus pais, irmãos, cunhadas, sobrinha, por estarem sempre presentes com críticas, elogios, troca de idéias e valiosos conselhos.

“O direito, que é, por um lado, a prosa, torna-se, na luta por uma idéia, em poesia, porque o combate pelo direito é, em verdade — a poesia do caráter.”
(Rudolf Von Ihering, A Luta pelo Direito)

RESUMO

Os limites da função normativa exercida pelo Executivo são matéria de grande polêmica, principalmente quando se discute a elaboração e aplicação de normas afetas ao subsistema do Direito Ambiental. Além das leis formais, o Direito Ambiental contempla mais de 15 (quinze) tipos de atos normativos, tais como Decretos, Resoluções, Deliberações Normativas, Portarias, Instruções etc. Esses atos normativos regulam o uso e a fruição da propriedade, assim como limitam o exercício de atividades econômicas e a exploração de recursos naturais etc. A Administração Pública está cada vez mais presente na integração dos sistemas normativos, editando atos gerais e abstratos antes reservados apenas à lei formal. A despeito dessa realidade, o Direito Administrativo tradicional (presente na maioria dos Manuais dos Cursos de Graduação em Direito) conserva as bases teóricas fundadas em conceitos rígidos de princípio da legalidade e tripartição do Poder Estatal. Nesse sentido, não são poucos os intérpretes, dentre os quais Advogados, Juizes de Direito, Promotores de Justiça e Professores Universitários, que defendem a ideia de que, ao Executivo, é defeso inovar em direitos e obrigações. Desse modo, a pesquisa ocupa-se de um tema extremamente atual, qual seja a definição dos limites dessa prefalada função normativa desempenhada pelo Executivo, notadamente no subsistema do Direito Ambiental brasileiro. Por fim, este trabalho aponta o instrumental da Legística, domínio do conhecimento que estuda a qualidade das normas postas, como forma de se obter a justificação racional no processo elaborativo dos atos normativos ambientais, passando pela releitura do princípio da legalidade e da separação das funções estatais para o respaldo de suas conclusões.

Palavras-chave: Função Normativa. Poder Executivo. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Separação das Funções Legística Direito Ambiental.

ABSTRACT

The boundaries of the regulatory function exercised by the Executive is a matter of great controversy, especially when discussing the development and implementation of the Environmental Law. Besides the formal laws, the Environmental Law includes more than fifteen (15) types of acts, such as decrees, resolutions, Normative Resolutions, Ordinances, Instructions, etc.. These normative acts are edited to regulate the use of property, economic activities and exploitation of natural resources etc. It is a fact. Public Administration is increasingly present in the integration of normative systems, publishing general and abstract acts previously reserved only for formal law. Despite this fact, the traditional administrative law (present in most manuals of academic programs in Law) retains the theoretical concepts based on strict principle of legality and tripartition of State Power. In this sense, there are interpreters, among them lawyers, Judges, Prosecutors and University Professors who still support the idea that the Executive cannot innovate in rights and obligations. The research deals with a very current issue, what is the definition of the limits of this regulatory function performed by the Executive, especially in the brazilian subsystem of the Environmental Law. Finally, the Legistics, field of knowledge that studies the quality of law, is adopted as a way to get the rationality in the elaborative process of environmental normative acts, within a reinterpretation of the principle of legality to the support of its conclusions.

Keywords: Regulatory function. Principle of Legality. Executive Power. Environmental Law. Legistics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

2 O POSITIVISMO JURÍDICO A FUNDAMENTAR A AÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 20

2.1. O ordenamento jurídico e os atributos da unidade, coerência e completude 20

2.2. O problema das lacunas e a necessária ampliação do princípio da legalidade pela Administração Pública 23

2.3. Autointegração e heterointegração 28

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (JURIDICIDADE) – COMPREENSÃO DO CONCEITO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO 34

3.1. Noções preliminares 34

3.2. A concepção rígida de princípio da legalidade 36

3.3. Os fundamentos para a releitura do princípio da legalidade 40

3.3.1. Os problemas enfrentados pela legalidade em sentido estrito 40

3.3.1.1. A evolução dos paradigmas de Estado: a superação do modelo rígido burocrático e absenteísta liberal pelo Estado empreendedor-gerente 40

3.3.1.2. As delegações, lentidão do processo legislativo, inflação legislativa, omissão do legislador e a ação do Executivo 49

4 A NOVA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 58

4.1. A ampliação do princípio da legalidade a partir da corrente positivista 58

4.2. A resposta possível do pós-positivismo 66

5 PODER EXECUTIVO E SEUS ATOS NORMATIVOS 73

5.1. Normas e enunciados normativos 73

5.2. Diferenças conceituais entre lei e ato normativo do poder executivo 74

5.3. A atuação normativa reconhecida pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional no Brasil 86

5.3.1. A atividade legislativa imprópria (ou não preponderante) do executivo e sua participação no processo legislativo formal 87
5.3.2. A competência normativa (regulamentar) reconhecida e autorizada pelo sistema jurídico brasileiro 96
5.4. O posicionamento da corte constitucional brasileira, do poder legislativo e do cidadão – *Leading cases* em normas ambientais 104
5.4.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.378 – o enigmático caso da compensação ambiental e a preocupação com a delegação de função legislativa para o Executivo 105
5.4.2. A Argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 101/df – importação de pneus usados 112
5.4.3. Outras decisões do Supremo Tribunal Federal afinadas a dimensão ampla de legalidade 117
5.4.4. Decretos legislativos para sustar atos normativos do Executivo e posicionamento em sede de controle prévio de constitucionalidade 121
5.5. Dos instrumentos de participação popular no processo elaborativo das normas do executivo – o posicionamento do cidadão 124

6 A IMPORTÂNCIA DA LEGÍSTICA 135
6.1. A Legística, seus princípios e o impulso legislativo 135
6.2. Definição do problema (justificação racional), participação popular e avaliação de impacto (*regulatory impact assessment* - RIA) 150

7 A DEFINIÇÃO DE LIMITES DA FUNÇÃO REGULAMENTAR 158
7.1. Classificação 158
7.2. Os limites materiais 159
7.2.1. O núcleo intangível dos direitos fundamentais – limite dos limites 159
7.2.2. O princípio da reserva legal e legalidade ampla – a possibilidade de inovar na ordem jurídica em obrigações e direitos, a primazia da lei e da constituição 165
7.2.3. Delegação legislativa e a deslegalização 173
7.3. Os limites formais 176

7.3.1. Elementos formais do ato, procedimento e competência 176
7.3.2. Publicidade 180
7.3.3. Vigência 181
7.4. Quadro resumo de limites materiais e formais dos regulamentos 183

8 OS LIMITES DA FUNÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO NO SUBSISTEMA DO DIREITO AMBIENTAL 184
8.1. Diagnóstico da legislação ambiental 184
8.2. Direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental e teoria dos limites dos limites 190
8.3. A Constituição da República de 1988, lei complementar nº 140/2011 e lei federal nº 6.938/81 194

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS 205

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 210

1. INTRODUÇÃO

A concepção rígida de princípio da legalidade para a atuação da Administração Pública não encontra mais espaço no contexto atual. A afirmativa de que seus atos devem estar absolutamente vinculados à lei formal (ato complexo decorrente de atividade preponderantemente exercida pelo Poder Legislativo) passou a constituir óbice à concretização de garantias e direitos dos cidadãos e, por assim dizer, à própria eficácia do sistema jurídico como um todo.

As afirmativas poderão soar provocativas para iniciar uma dissertação de Mestrado em um programa de pós-graduação em Direito. Não obstante, inspirados nos ensinamentos de Santos (1996)[1], temos que o pesquisador deve ousar. Seus objetivos devem ser audaciosos, sempre buscando a renovação de uma teoria crítica, sensibilizado inclusive por suas experiências reais e suas pré-compreensões.

Longe de refutar a lei formal como um dos pilares do Estado de Direito, importante e imprescindível para a segurança jurídica e definição de direitos, a dissertação visa demonstrar a existência de outros atos normativos cooperativos, complementares e integradores, capazes de materializar o discurso de seus destinatários, afastar injustiças causadas por vácuos ou aparentes lacunas das leis formais, dirimir previamente conflitos de forma legitima e eficaz, sem que incorram em violação às garantias constitucionais do poder estatal uno e tripartite.

Compreender a existência dessas fontes normativas de estatura e importância tanto quanto as leis formais, com as ressalvas que faremos no decorrer do trabalho, exige perceber a sua imprescindibilidade em um cenário de relações públicas e privadas extremamente complexas, totalmente distante da figura absenteísta do Estado Liberal. Trata-se, aliás, de um fenômeno empírico que se observa fortemente a partir da superação daquele modelo de Estado.

---

[1] Santos, Boaventura de Souza, 1996, p. 5-35.

No modelo atual, constitucionalmente democrático, que busca, sobretudo, a concretização real e imediata dos direitos fundamentais, vinculando Administração e administrados, Poder e cidadãos diretamente aos comandos da Carta Constitucional, não é possível a regulação de condutas e atos, bem como a definição de obrigações e direitos apenas pela lei formal decorrente do processo legislativo ou de uma obediência cega à sua literalidade (esta nunca foi possível e viável).

A sociedade não pode esperar pela morosidade natural (e muito menos a provocada) de um processo legislativo. Clama por sua participação direta na formação da vontade estatal. Sobre essa participação direta, é válido ressaltar que não foi apenas a complexidade atual das relações sociais que promoveu tal desejo, mas a própria tecnologia disponível a viabilizar a oportunidade de acesso real ao processo decisório, assim como maior transparência e controle sobre as ações estatais.

O retrato da Administração Pública, colocado paralelamente aos diversos modelos (ou paradigmas) de Estado de outrora, apresenta flagrantes e significativas diferenças. A sociedade mudou e, acompanhando sua (r)evolução nos modos de se comunicar, sentir e se enxergar, a atividade administrativa pública aperfeiçoou-se, adotou modelos de gestão antes exercidos apenas pela iniciativa privada, passou a priorizar metas e resultados e a conclamar a iniciativa privada a realizar serviços públicos etc.

O mundo recorre a um conceito de publicização às avessas. Neste contexto, o Poder Executivo passou a abraçar funções antes predominantemente exercidas pelo Poder Legislativo. Não por abuso, mas necessidade afinada inclusive a exigência de eficiência. A propósito, Fabiana de Menezes Soares ensina:

> "...o contexto do Direito hoje, é bem diverso do início do século quando o seu caráter científico necessitou ser demonstrado. A cisão entre o Estado e a sociedade civil intensifica-se diante de uma série de demandas sociais que o mesmo Estado vê-se impossibilitado em atender, apesar de todo o seu arsenal de força. Ao mesmo tempo, não se verifica a satisfação de necessidades básicas, típicas do estado, atinentes ao cotidiano (ao contexto do mundo da vida) das pessoas, tais como saneamento, saúde e educação, nas comunidades onde o poder do

> estado é 'materialmente sentido' sem a contrapartida que justifique aquela atuação."[2]

Eis aí a forte atuação normativa do Poder Executivo, regulando condutas, normatizando atividades econômicas, tipificando infrações administrativas, definindo conteúdo às normas penais em branco, dentre tantas outras regras de importância substancial para o exercício de atividades (econômicas ou não), assim como para o uso e fruição da propriedade etc.

A atividade regulatória (ou normativa) desenvolvida pelo Poder Executivo no mundo atual contraria a visão míope de que seria defeso à Administração Pública inovar na ordem jurídica. Será isso realmente possível no modelo constitucional brasileiro e nos diversos subsistemas do Direito que compõem seu ordenamento jurídico? Como conciliar a aplicação do princípio da legalidade e a separação das funções estatais a essa cada vez mais presente atividade normativa da Administração Pública?

No Brasil, por meio de resoluções, portarias, instruções, deliberações normativas e dos mais de 10 tipos de atos regulatórios editados na seara de atuação de Agências, Autarquias, Fundações, como pela própria estrutura orgânica e despersonificada da Administração Pública direta[3], tais como Conselhos de Política Ambiental, Contribuintes, Educação etc., tornou-se constante a afirmação leiga de que o Poder Executivo legisla.

Não se trata, portanto, de afirmação de todo falaciosa ou meramente demagógica, mas algo crível e facilmente verificável. O cidadão passou a reconhecer como legítimos, válidos e eficazes a esmagadora maioria de atos normativos editados pelo Poder Executivo, conferindo-lhes no juízo de aplicação "força de lei" – inclusive denominando-os impropriamente como tal, em círculos de profissionais não juristas.

A importância do tema salta aos olhos, considerando a crítica robusta e rigorosa que outrora era normalmente feita às denominadas medidas

---

[2] SOARES, 1996, p. 35

[3] Em pesquisa realizada junto ao Sistema de Informações Ambientais do Estado de Minas Gerais verificou-se a existência dos seguintes atos com conteúdo normativo editados pela Administração Pública: Resolução, Deliberação Normativa, Deliberação, Portaria, Instrução, Memorando, Aviso, Ordem de Serviço, Orientação, Diretiva, Ofício e Nota Técnica. Dentre as fontes consultadas, cite-se www.siam.mg.gov.br/sla.

provisórias, e, no campo filosófico, a defesa do princípio da legalidade e do poder uno e tripartite. Sobre a matéria, FERREIRA FILHO (2007) já nos alerta:

> "...recusar poder de legislar ao Executivo não evita que a democracia se veja em crise. Se a outorga desse poder ao Executivo a ameaça por dar ensejo ao arbitrário, essa recusa pode destruí-la. De fato, nenhuma forma de governo, democracia, inclusive, sobrevive à própria ineficiência. E a recusa do poder de legislar a quem, apesar de tudo, está em condições de exercê-lo com relativa eficiência, pode conduzir o governo à impotência e a democracia ao desastre."[4]

É certo que a ordem jurídico-democrática repudia o autoritarismo, dá guarida às liberdades fundamentais do ser humano e, por isso, exige total obediência ao princípio da legalidade, seja pela Administração Pública, seja pelo cidadão. Não obstante, como interpretar esse princípio da legalidade no cenário atual?

Ao mesmo tempo que a sociedade demanda segurança jurídica, proporcionada pelo processo legislativo e a lei *stricto sensu*, as lacunas[5] legais devem ser suprimidas, especialmente para que os comandos da Constituição sejam materializados. Dessa lógica deflui a própria evolução do princípio da legalidade, devendo ser adotado como princípio da juridicidade. Ao adotar essa concepção, o grande temor reside no comprometimento das instituições democráticas e da segurança do cidadão, individualmente considerado. Permanece em estado de alerta o princípio republicano de poder uno e tripartite e a própria democracia material.

Antes que pareça ser essa dissertação a defesa de um novo sistema que permita a concentração irrestrita de funções normativas no Poder Executivo, o que se pretende demonstrar é justamente a necessidade de definir os limites materiais e formais à essa atuação.

A compreensão positivista de Kelsen (1998), seguido por Norberto

---

[4] FERREIRA FILHO, 2007, p. 16.

[5] O tormentoso problema que invade a discussão positivista e pós-positivista será abordado no decorrer da dissertação. O objeto da pesquisa não é propriamente reconhecer a existência de lacunas no sistema jurídico, mas sim atribuir/reconhecer força ao Poder Executivo para o exercício de uma função normativa válida e eficaz, sem contrariar a ordem democrática e o princípio republicano de poder uno e tripartite.

Bobbio (1999), sobre o Direito como um complexo orgânico de normas, com fontes hierarquizadas e capaz de reunir uma pluralidade de regras jurídicas, torna-se fundamental para o desenvolvimento da pesquisa e a defesa de suas conclusões.

O Direito a partir de uma visão do todo, e não apenas de normas isoladas, ou seja, de sistema escalonado de regras, é pressuposto para admitir o exercício de funções normativas pelo Poder Executivo, ressalvados os limites materiais e formais sobre os quais adiante falaremos. Trata-se de corolário lógico à busca pela superação de problemas afeitos à "construção" e à "aplicação" do ordenamento jurídico, mormente na relação entre as normas que o compõem ou que lhe faltam.

Entende-se a noção de "lacuna" a partir da definição técnica de Bobbio (1999), para quem o sistema, em certos casos, não oferece a possibilidade de resolver um determinado caso nem de uma maneira, nem da maneira oposta[6].

Há muito, aliás, caiu o dogma da completude de um ordenamento jurídico (fetichismo legislativo). A própria legislação em diversos sistemas jurídicos admite o julgamento por analogia e equidade em casos especiais. Note-se que, no sistema brasileiro, a legislação admite a denominada "jurisdição privada" ou arbitragem, reconhecendo às partes o direito de livremente escolher as regras de direito a serem aplicadas como fundamento para a solução de conflitos[7]. Pergunta-se: como admitir o julgamento por equidade, sem considerar que existem hipóteses não reguladas pelo ordenamento jurídico, as quais demandam a prefalada regulamentação pelo Poder Executivo, inclusive para afastar lesão a direitos fundamentais ou conferir-lhes eficácia mais próxima do ideal?

Se vivêssemos em mundo perfeito, no qual os juízes fossem o reflexo da figura do Juiz Hércules de Ronald Dworkin (2005), talvez a equidade fosse um critério de julgamento bastante seguro e sem prejuízos à ordem constitucional.

---

[6] BOBBIO, 1999a, p. 138.

[7] Lei 9.307/96. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

No seu exercício monológico, o julgador estaria apto a fazer justiça.

Esse, contudo, não é o mundo em que vivemos. Surgido o conflito, sem a prévia (ou ideal) definição legal sobre a forma como será solucionado, reside a flagrante insegurança jurídica. Admitir lacunas que sejam superadas (ou preenchidas) exclusivamente pelo Poder Judiciário ou de forma assimétrica pelo Poder Executivo seria o mesmo que sepultar o princípio da juridicidade (legalidade) e, ainda, admitir a própria superação de harmonia e equilíbrio entre as funções estatais.

Não nos parece ser a melhor solução, por exemplo, o julgamento por equidade em inúmeros e incontáveis casos, assim como a supressão de lacunas legais de forma autônoma pelo Poder Executivo. É preciso buscar a completude do sistema de forma harmoniosa, traduzindo para os cidadãos o primado da certeza e da justiça de forma célere e imediata como a sociedade moderna o exige: esse é o mote da pesquisa.

O legislador não consegue prever as inúmeras hipóteses a serem regulamentadas. Sua omissão degrada a eficácia do sistema jurídico, sendo extremamente prejudicial às garantias constitucionais. O Estado cresceu e suas amarras devem acompanhar a evolução histórica e social, a fim de que se permita o continuo progresso e exercício de suas funções.

À vista do amplo espectro de discussão que o tema comporta, buscou-se a análise da teoria aplicada ao contexto do sistema jurídico-ambiental brasileiro, que reflete de forma significativa o cenário de permanentes conflitos entre direitos fundamentais e o exercício de funções normativas pela Administração Pública.

A função normativa atribuída aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), criado pela Lei Federal nº 6.938, de 1981, é, por exemplo, matéria de grande polêmica. Muito se questiona, nesse caso, acerca dos limites a que estão sujeitos os aludidos órgãos. Por óbvio, a cultura jurídica enraizada nos conceitos do positivismo e a compreensão rígida de princípio da legalidade remanescente são suas principais razões.

Há o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário que têm como objeto a anulação de atos administrativos, tais como autuações e licenças

ambientais, baseados em deliberações normativas, portarias, resoluções e outras modalidades de regulamentos (atos normativos-administrativos), normalmente interpretados e aplicados com força de lei e que, desse modo, estariam violando a ordem constitucional brasileira.

Nesse conturbado contexto de incertezas, tanto pelo Administrador como pelos administrados, as normas ambientais devem ser editadas, seja pelo Poder Legislativo (incapaz de prever os inúmeros casos que a experiência fática exige) ou pelo Poder Executivo (amarrado pelo conceito constitucional de legalidade), traduzindo juízos de ponderação, harmonizando e fazendo respeitar, dentre outros, os direitos de propriedade, à livre concorrência, à livre iniciativa, à moradia, à saúde, ao desenvolvimento econômico e ao meio ambiente equilibrado.

Diante do quadro de sucessivos conflitos, causados por leis formais e regulamentos administrativos inovadores (ou não) na ordem jurídica, impõe-se obter respostas para algumas perguntas. Quais são os limites da função normativa dos órgãos do Poder Executivo integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente? A concepção de Estado constitucionalmente democrático toleraria o exercício de uma função normativa autônoma, delegada ou autorizada ao Poder Executivo? Quais os seus limites?

Buscaremos, na construção doutrinária da Teoria do Direito e Teoria da Legislação, as respostas para justificar essa ampla atuação normativa do Poder Executivo, reconhecer-lhe validade, traduzir os seus limites previstos no sistema jurídico brasileiro e maximizar sua eficácia.

O quadro de direitos fundamentais em conflito justificam o aprofundamento da pesquisa científica sobre o tema, devendo a dissertação apresentar conclusões afinadas a ordem constitucional brasileira e, de algum modo, provocar novas perguntas para a comunidade acadêmica e instigar o espírito crítico dos leitores.

Espera-se, por fim, que nossas conclusões possam trazer subsídios para afastar dúvidas afetas aos atos normativos editados pelo Poder Executivo, norteando seu processo elaborativo com base na teoria da legislação e nos limites materiais e formais esculpidos pela ordem constitucional brasileira.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO A FUNDAMENTAR A AÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. O ordenamento jurídico e os atributos da unidade, coerência e completude

O princípio da legalidade, em uma concepção ampla, supera a idéia de vinculação dos atos administrativos apenas e tão somente à lei formal decorrente do processo legislativo. Pressupõe, em lugar disso, a vinculação direta da Administração Pública à Constituição, bem como o reconhecimento de maior força normativa aos atos infralegais.

Para tanto, com as ressalvas que faremos no decorrer do trabalho, é possível o respaldo da corrente juspositivista, tendo como expoente Kelsen (1998) e a construção doutrinária de Bobbio (1999a; 1999b). Não desconsideraremos o positivismo moderado e tampouco o pós-positivismo como respostas possíveis. Aliás, aludidas teorias estão mais próximas do entendimento dos membros da Corte Constitucional brasileira[8] no momento.

O ordenamento jurídico apresenta-se como um sistema escalonado de normas, construído por meio de regras primárias, secundárias, e assim sucessivamente, a validarem os atos da Administração, inclusive aqueles de conteúdo abstrato, ditos regulamentares (atos normativos-administrativos).

A norma hierarquicamente inferior responde à norma hierarquicamente superior, encontrando o amparo formal necessário para a sua validade e eficácia. Assim o é até alcançar o que Kelsen (1998) denomina como norma hipotética fundamental.

A teoria positivista do ordenamento jurídico defende a unidade, a coerência e a completitude como suas características ou atributos principais. A partir dessas três características, obtém-se a compreensão de Direito como ordenamento,

[8] As recentes decisões sobre a união homoafetiva e o aborto pelo Supremo Tribunal Federal são claros exemplos. Os posicionamentos em diferentes acórdãos, citados adiante na pesquisa, dos Ministros Gilmar Mendes, Carmem Lúcia Rocha e Eros Roberto Grau, esse último já aposentado, são nomes representativos de uma doutrina brasileira favorável ao pós-positivismo e a ampliação do princípio da legalidade. Salvo melhor juízo, os votos divergentes de Lewandowiski representam uma corrente ainda positivista e afinada ao conceito rígido de tripartição do poder estatal para quem a Constituição delimitou claramente o exercício da função criativa do direito ao Legislativo.

corporificando uma entidade distinta das normas singulares que o integram[9].

A unidade defendida pelo juspositivismo difere-se de outras correntes doutrinárias por seu aspecto essencialmente formal. Ou seja: a unidade a que se refere corresponde ao modo como as normas são postas, não se vinculando ao seu conteúdo material por meio de uma análise metajurídica.

Válida a lição de Bobbio (1999) ao distinguir a unidade defendida pelo jusnaturalismo daquela que apregoa o positivismo, com base na distinção feita por Kelsen (1998) sobre ordenamentos normativos estáticos (aos quais pertencem a moral e o direito concebido jusnaturalisticamente) e os dinâmicos (direito concebido positivisticamente):

> "Segundo os jusnaturalistas, portanto, o direito constitui um sistema unitário, porque todas suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral auto-evidente (para Hobbes tal norma diz pax est quarenda; para Santo Tomás diz: bonum est quaerendum, male vitandum; para Pufendorf, essa norma prescreve a busca da conservação da sociedade humana; para Thomasius, prescreve a busca da felicidade; para Kant ela exige a garantia da liberdade do homem...). (...) Já segundo os juspositivistas, ao contrário, o direito constitui uma unidade num outro sentido: não porque as suas normas possam ser deduzidas logicamente uma da outra, mas porque elas todas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação a autoridades subordinadas) pela mesma autoridade, podendo assim todas serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito."[10]

A característica ou atributo de unidade do ordenamento jurídico nos remete, necessariamente, a concepção de fontes do direito hierarquicamente subordinadas, bem como a definição de um poder legitimado a elaborar as normas postas.

A partir dessa ideia, o sistema unitário escalonado de normas comporia formalmente o todo, legitimamente erigido consoante suas fontes autorizadas e reconhecidas, tendo como base que o limita e valida a norma hipotética fundamental de Kelsen (1998).

Conforme bem alerta Bobbio (1999b), a norma hipotética fundamental tem

---

[9] BOBBIO, 1999b, p. 198.
[10] Ibid., p. 199-200.

função distinta daquela concebida pelas correntes doutrinárias substancialistas – a exemplo do jusnaturalismo:

> "Não se trata de norma cujo conteúdo todas as outras normas são deduzidas, mas da norma que cria a suprema fonte do direito, isto é, a que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas. Esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é posta por um outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma hipótese ou um postulado ou um pressuposto do qual se parte no estudo do direito."[11]

Conforme ensina Bobbio (1999a), baseando-se inclusive em Carnelutti (2006), a coerência e completitude do ordenamento são evidenciadas através de dois vícios do direito: um vício por excesso de normas a provocar a incoerência do sistema através de duas normas contraditórias; e um vício pela falta ou deficiência de uma norma (lacuna).

Desse modo, a incoerência é resultado do excesso e a incompletude da insuficiência a demandarem respectivamente revogações e integração do ordenamento. A completude do ordenamento jurídico é considerada por Bobbio como a mais importante, representando o "coração do coração (se é lícita uma tal expressão) do positivismo jurídico."[12]

A grande dificuldade ou problema acerca do tema reside justamente no dogma da completude defendido pela corrente juspositivista conservadora, que apregoa a inexistência de lacunas na lei. Ao se admitir a existência de lacunas, o julgador deverá encontrar no quadro do ordenamento jurídico as respostas para a construção racional de sua decisão.

Como o objeto desse estudo são os novos limites da função normativa do Poder Executivo à vista da complexidade do Estado Democrático de Direito atual, a ponto de ensejar inclusive a discussão sobre as diferentes dimensões do princípio da legalidade, a característica da completude do ordenamento é a que receberá mais atenção, assim como os métodos de integração do sistema jurídico.

---

[11] BOBBIO, 1999b, p. 201.
[12] Ibid., p. 207.

2.2 O problema das lacunas e a necessária ampliação do princípio da legalidade pela Administração Pública

Segundo Bobbio (1999a), o conceito de lacuna está associado a inexistência de normas capazes de oferecer a solução de um determinado caso nem de uma maneira, nem da maneira oposta.

Na verdade, revelam a falta do expresso, o inexistente à luz de letras legais, embora existam fatos que demandem sua regulamentação para a harmonia e pacificação social. Em sua construção teórica inspirada em um positivismo normativista, o autor italiano argumenta que as lacunas representam a ausência de critérios para considerar qual das normas devem ser aplicadas ao caso, existindo um espaço a ser completado. Não há norma posta a ser aplicada e solução expressa.

A ideia de existirem lacunas no ordenamento jurídico enfrenta forte oposição em correntes positivistas conservadoras com base em duas principiais teorias que tentam justificar a completude do ordenamento jurídico: a teoria do espaço jurídico vazio e a da norma geral exclusiva.

A primeira defende a tese de um espaço vazio único reconhecido pela ordem jurídica. Tal vazio ou silêncio normativo não seria resultado de ignorância, imprecisão ou omissão (inexistência de ação) do legislador ou dos órgãos legitimados a editarem as normas, mas de um reconhecimento de situações hipotéticas irrelevantes para o direito.

Ao tratar do tema, Bobbio (1999b) sintetiza a teoria com as seguintes palavras: *"...onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente de limites do ordenamento jurídico do que de lacunas*."[13]

A concepção de "espaço jurídico vazio" seria erigida como uma garantia em favor do indivíduo no sentido de que "*intra muros"*, ou seja, no interior do círculo do direito, as liberdades são devidamente reguladas e as condutas possuem um vínculo jurídico.

[13] BOBBIO, 1999b p. 208.

Além do círculo (ou no espaço vazio), impera a liberdade absoluta. As condutas são indiferentes para o direito. Não há meio termo, e defende-se o primado da certeza.

Para Bobbio (1999a), o argumento apresenta sua falha no próprio conceito de "espaço jurídico vazio", uma vez que nasceria de uma falsa identificação do jurídico como obrigatório – ocorre que nem sempre o que não é obrigatório é insignificante. Dentre as modalidades de normas jurídicas defendidas pelo autor italiano, as normas permissivas seriam, então, excluídas por essa tese, coincidindo com o irrelevante jurídico.

A compartilhar de seu entendimento, aplicando-o ao contexto presente, verifica-se a sua impossibilidade ou inviabilidade prática. Existem fatos e condutas que demandam regulamentação, como nos casos das leis administrativas a disciplinarem ações estatais. Todas as ações administrativas são relevantes para a ordem jurídica e traduzem a esfera do permitido para o Administrador Público em suas relações com o administrado.

No contexto citado, as normas permissivas passam a ser necessárias para a atuação estatal, ao lado das normas proibitivas e de ordenação. Assim, o "espaço jurídico vazio" não significaria irrelevância e tampouco permissão para a ação estatal.

A partir da leitura da dogmática administrativista, mormente para os adeptos do princípio da legalidade rígido, o silêncio do ordenamento jurídico traduziria, em tese, uma limitação ao exercício estatal, e, ao contrário do que a tese do espaço jurídico vazio defende, a omissão do administrador público ou sua ação sem amparo em norma expressa seria relevante para ordem jurídica, devendo ser apreciada pelo Estado-juiz como ilícito (ou lícito), sem resposta antecipada.

Não nos aventuremos, por outro lado, a afirmar que haveria a norma posta proibitiva para todas as condutas não previstas ao Administrador Público à luz desta teoria, já que tem como pressuposto a superação do dogma da completude de outrora.

Nesse diapasão, Bobbio (1999a) conclui que sempre há, na verdade, uma inversão do direito-dever quando se admite o espaço jurídico vazio. No momento em que a liberdade de agir de um não está protegida, está protegida a liberdade do

outro de exercer a força; e, enquanto está protegida, esta é juridicamente relevante. “Não falha a relevância jurídica: simplesmente muda a relação entre o direito e o dever”[14].

O outro argumento ou teoria trazida pelos positivistas conservadores para afastar a existência de lacunas no ordenamento jurídico seria a defesa de “uma norma geral exclusiva”. Em poucas palavras, tal argumento pressupõe que a norma posta (norma particular inclusiva) ao regulamentar uma determinada conduta limita suas conseqüências jurídicas, bem como exclui os demais comportamentos não previstos. Desse modo, todas as condutas não previstas na norma estariam compreendidas ou reguladas pela norma geral exclusiva – ou melhor, excludente.

Vejamos a partir de um exemplo concreto. A lei proíbe a instalação de empresas no Bairro X (norma particular inclusiva). Logo, consoante a norma geral exclusiva, é permitida a instalação de empresas nos demais bairros.

Ocorre que, como bem alerta Bobbio (1999a), há um terceiro tipo de norma que deveria ser considerada por essa teoria. Trata-se de uma norma intermediária: a norma geral inclusiva, segundo a qual todos os casos não compreendidos pela norma particular inclusiva deverão ser tratados tal como disposto por essa última, observando a semelhança que lhes aproxima.

Nessa hipótese, surge a terrível falha dessa teoria: quais os critérios para decidir de forma inclusiva ou excludente de acordo com o ordenamento jurídico? Como afastar a hipótese de lacuna neste caso e permitir um critério racional de decisão?

À toda evidência, verifica-se que as lacunas estão presentes também nesta teoria, à medida que o ordenamento jurídico não traça os critérios para a aplicação da norma (exclusiva ou inclusiva). Desse modo, compartilhando da leitura de Bobbio (1999a) sobre as teorias citadas e de suas conclusões, tem-se a clara compreensão de que há lacunas ou vazios legislativos no conjunto universo do ordenamento jurídico.

Dentre os vários tipos de lacunas, devemos nos ater, neste trabalho, apenas à classificação entre lacunas reais e ideológicas, subjetivas e objetivas, voluntárias e

[14] BOBBIO, 1999a, p. 132.

involuntárias, e, finalmente, *praeter legem* ou *intra legem*[15], com brevíssimos comentários a respeito.

As lacunas reais, também denominadas como “próprias”, identificam-se como os vazios existentes no próprio sistema jurídico. Já as lacunas impróprias, ou ideológicas, são aquelas que decorrem do paralelo entre o sistema real e aquele considerado ideal. Enquanto as lacunas impróprias somente podem ser supridas por novas normas, as próprias admitem ser integradas pela ação do intérprete.

As lacunas subjetivas, por sua vez, são aquelas que decorrem de fato imputável ao legislador ou ao seu autor imediato. Já as objetivas derivam da evolução das relações sociais, mudanças no contexto da sociedade etc., evidenciando o engessamento do texto legal e sua necessidade de modificação.

As lacunas subjetivas podem ainda ser consideradas involuntárias ou voluntárias. As voluntárias são aquelas propositadamente existentes, seja em virtude da complexidade da matéria ou mesmo porque o contexto social exige que seja integrada pelo Estado-Juiz, pelo intérprete e operador do Direito ou por outros órgãos com competência para editar normas de hierarquia escalonada inferior.

Permitimo-nos aqui fazer uma digressão metafórica – e até mesmo poética – sobre o assunto: associamos a lacuna subjetiva voluntária à imagem de um buraco negro do universo.

A denominamos como “buraco negro legal” (ou normativo). Tal denominação remete à nefasta hipótese de omissão consciente do legislador, não com o intuito de traçar apenas diretrizes ou delegar sua função para outros órgãos, mas para esquivar-se de seu compromisso representativo, omitindo-se no exercício de uma função estatal, embora eleito para tanto.

O “buraco negro” para a Física é aquele complexo de supermassa compacta, incapaz de refletir a luz. Sua presença é detectada por meio da interação com outras matérias[16].

A lacuna voluntária decorrente da omissão legislativa é de atração inevitável. Promove o conflito, desgasta politicamente as instituições e atrai os casos não regulamentados para o centro de discussões entre os cidadãos, tal qual entre

[15] BOBBIO, 1999a, p. 143-146.
[16] DAVIES, 1978, 41: 1313–1355.

Administração e administrados. Em geral, trata-se de casos complexos e de significativos impactos e, por conseqüência, atribui-se ao Judiciário a responsabilidade de decidi-los, impondo-lhe, por necessidade, a função de normatizar.

Como se verá adiante, o próprio Poder Executivo passa a exercer cada vez mais funções normativas, autônomas, delegadas e voltadas à regulamentação fiel à lei, vinculando-se diretamente aos comandos da Constituição em casos de lacunas voluntárias (e até involuntárias) no ordenamento infraconstitucional.

Baseia-se, portanto, em critérios deducionistas (lógico formais) ou na defesa de um conteúdo axiológico "aceito" pela sociedade, quando é o caso, buscando a melhor afirmação do direito fundamental invocado. Os fenômenos empíricos e a condição de eficácia para a validade de suas normas são verificadas (e testadas). Tudo isso para afastar o sempre lesivo efeito do *buraco negro legal*.[17]

Válido o registro de Bobbio (1999a) sobre as lacunas voluntárias decorrentes de leis de diretrizes gerais. Nesses casos, longe da figura que definimos acima, o próprio autor italiano nega tratarem-se de lacunas, mas sim do reconhecimento (ou autorização) de que sejam editados atos normativos inferiores para sua complementação.

> "Em algumas matérias o legislador distribui normas muito gerais que podem ser chamadas diretrizes. A característica das diretrizes é que traçam linhas gerais da ação a ser cumprida, mas deixam a determinação dos particulares a quem as deve executar ou aplicar;(...) O legislador que as colocou não ignorava que elas eram lacunosas, mas a sua função era justamente a de estabelecer uma diretriz geral que deveria ser integrada ou preenchida posteriormente por órgãos mais aptos a esse fim. Segundo o significado que ilustramos, as voluntárias não são verdadeiras lacunas. Aqui, de fato, a integração do vazio, deixado de propósito, é confiada ao poder criativo do órgão hierarquicamente inferior."[18]

Por fim, as lacunas *praeter legem* e *intra legem*. As primeiras decorrem de regras com certo grau de particularidade. Em virtude disso, acabam sendo

---

[17] A omissão do legislador em casos polêmicos é muitas vezes suprida pela aplicação de normas editadas por Conselhos integrantes da Administração Pública. Note-se o caso das Resoluções dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina. Temas como o denominado "útero de substituição", "depósito de embriões" etc., são tratados por normas editadas nestes Conselhos.

[18] BOBBIO, 1999a, p. 144-145.

inaplicáveis há inúmeros casos por não traduzirem exata similaridade. As segundas pecam por serem bastante gerais, apresentando amplo espaço para a interpretação integrativa no seu interior.

A contribuição de Bobbio (1999a) sobre o tema permite-nos afirmar a existência de lacunas ou limites que precisam ser superados no ordenamento jurídico. Ainda que tais lacunas sejam aparentes, trata-se de algo próprio da constante dinâmica dos sistemas jurídicos, mesmo se os considerarmos a partir do modelo positivista fechado ou pós-positivista aberto.

Essas lacunas do passado não são as mesmas do presente – e tampouco serão as do futuro. Afinal, o sistema jurídico está em constante mutação, devendo acompanhar a evolução da sociedade e do Estado. A atividade de integração dessas lacunas é contínua, porque assim é o mundo da vida. Os fenômenos empíricos exigem essa constante dinamicidade dos sistemas.

A consideração da existência de lacunas, assim como sua classificação no modelo desenhado neste capítulo, constituem a base que norteará a pesquisa. Base que, aliás, encontra-se afinada às premissas de que o Estado atual exige um arcabouço jurídico complexo, formado por sistemas e subsistemas cujas normas particulares e gerais são por vezes inclusivas e exclusivas sem a clara definição de parâmetros para permitir aos seus destinatários o grau de certeza e segurança desejados.

Da mesma forma, a complexidade das relações sociais, a maior intervenção do Estado como forma de concretizar e maximizar direitos fundamentais, bem como o incremento da participação popular no processo decisório político, não devem ser desconsiderados como aspectos relevantes para o diálogo de fontes reconhecidas e delegadas do direito, bem como novos limites materiais e formais para a positivação, visando, sobretudo, a almejada segurança jurídica.

2.3. Autointegração e Heterointegração

Revolvendo a classificação de Carnelutti (2006) em que se baseia Bobbio (1999a), tem-se que a zona incerta de casos não-regulamentados pode ser sanada por meio de duas formas: a heterointegração e a autointegração.

A heterointegração consiste em recorrer a ordenamentos diversos ou a fontes diversas daquela que seria a dominante. No modelo brasileiro, a lei. O recurso a outros ordenamentos corresponde à busca pelos magistrados ao direito comparado, como ordenamentos jurídicos de outros Estados e até mesmo a ordenamentos anteriores e não mais vigentes.

Segundo ensina Bobbio (1999a), a heterointegração pode ser interpretada ao longo da história como o método perpetrado pelos juízes ao recorrerem ao Direito Natural – sistema jurídico perfeito, segundo algumas correntes jusfilosóficas – para remediar as imperfeições do direito posto. Esse método de integração é evidenciado em sistemas jurídicos que recorrem à aplicação dos princípios gerais para a solução de controvérsias não previstas pela lei[19].

O outro método de heterointegração é o recurso a outras fontes distintas da lei, como os costumes, as decisões judiciais e a doutrina.

Os costumes são aplicados de forma subsidiária (*praeter legem*) ou de forma ampla. Essa última hipótese ocorre quando o comando normativo expresso os define como fontes reconhecidas em todos os casos não previstos pela lei. A hipótese de aplicação restrita, por outro lado, ocorre quando há norma geral expressa determinando a subsidiariedade do costume às leis e regulamentos.

Sobre a importância dos costumes e o seu reconhecimento como fonte do Direito, válida a lição de Gottheil (1927):

> "La costumbre, como uso o modo de conducta reiterado, tiene asignada la calidad de fuente de derecho dentro del campo que le fijan otras fuentes, como, por ejemplo, ciertos códigos de comercio. En este sentido cumple una funcion intersticial de creación normativa.
>
> Pero para la ciencia del derecho la costumbre es mucho más que una fuente intersticial. Es nada menos que el sobre-entendido que sirve de telón de fondo a todo el conocimiento jurídico. La comprensión normativa jurídica es doblemente parcial, porque aprehende lo humano en su parcialidad jurídica, y porque lo aprehende en cada caso particular dentro de un tema especializado.
>
> (...) La reiteración de modos de conducta es así un presupuesto necesario para poder parcializar la realidad jurídica y conocerla.(...)"
>
> "De esa manera, la costumbre es criterio de interpretación de

[19] BOBBIO, 1999a, p. 147

> hechos no plenamente probados, ya que permite dar a la prueba un trasfondo de sentido real."[20]

As decisões judiciais são reconhecidas como fontes por meio da jurisprudência. Não nos aprofundemos às hipóteses de decisões jurisprudenciais vinculativas, como as denominadas "súmulas vinculantes" ou os julgamentos de recursos repetitivos" do direito brasileiro.

No direito sob o sistema de *common law*, a matéria não comporta grande celeuma. Sua aplicação como fonte é ampla, permitindo a integração dos ordenamentos jurídicos sem maior controvérsia.

Já no direito continental, há certa dificuldade em reconhecer o poder criativo e o denominado ativismo judicial, mesmo nos casos autorizados pela lei. Há, ainda, muita desconfiança quanto a possibilidade de o Poder Judiciário atuar como se legislador fosse, assumindo um papel que não lhe caberia pelo rigor do princípio tripartite de poder estatal. Por óbvio, tal desconfiança é robustecida pela insegurança (incerteza) quanto ao resultado dos conflitos colocados à apreciação do Judiciário[21].

Por fim, em casos especialíssimos, decorrentes de previsão expressa da lei, é possível recorrer à doutrina como fonte do direito.

O recurso à doutrina como fonte de inspiração para a interpretação do direito é perfeitamente possível, mas daí a admiti-la como fonte vinculativa e obrigatória, a distância é enorme.

De qualquer modo, nem sempre tal resistência prevaleceu nos ordenamentos jurídicos. A lei das citações (426 D.C.) definia o valor que deveria ser atribuído em julgamentos aos escritos de juristas, reconhecendo em primeiro lugar os escritos de Ulpiano, Gaio, dentre outros[22].

É certo que as opiniões da doutrina na atualidade não têm força como direito

---

[20] GOTTHEIL, 1927, p. 110-111.
[21] BOBBIO, 1999a, p. 148-150.
[23] No Brasil, a despeito de não constar expressamente em qualquer texto legal a vinculação a doutrina, não devemos olvidar da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) que admite a possibilidade de nomeação de um arbitro da confiança das partes para dizer o direito e solucionar o conflito, podendo as partes escolher livremente o direito aplicável, desde que não contrarie os bons costumes e a ordem pública. Nesses casos a matéria poderá versar apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis.

vigente, mormente no sistema de direito continental. No contexto atual, ainda que se trate de fonte secundária, é a jurisprudência que adquire maior peso.

À guisa de exemplo no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo se desconsiderados os efeitos das sumulas vinculantes e das decisões dos tribunais superiores em recursos repetitivos, os precedentes jurisprudenciais têm revelado peso normativo à medida que direcionam posicionamentos da Administração Pública, particulares e juízes.

Influenciados que estão pelo amplo acesso aos comandos decisórios, algo decorrente da publicidade real proporcionada por veículos de comunicação e tecnologias da informação, torna-se cada vez mais freqüente o recurso e amparo em decisões judiciais para justificar determinadas condutas e interpretações de textos legais.

Mesmo que aludidas decisões sejam proferidas em casos individuais sem efeito *erga omnes*, o reiterado entendimento judicial confere aos destinatários dos comandos legais certo grau de certeza e confiança quanto ao seu direito.

As decisões judiciais passam, assim, a ter maior relevância geral, não se caracterizando apenas como norma individual, mas fator para o direcionamento da eficácia do sistema jurídico. Sobre essa renovação do sistema continental a atribuir maior valor aos precedentes judiciais como fonte do direito.

> "La renovación que vive hoy el sistema continental tiende a dar uma mayor importância a la jurisprudencia. Las publicaciones de casos se hacen con cuidado y detalle cada vez mayores. Y esto enfluye por gravitación natural sobre abogados y jueces. Los abogados encuentran en los casos un derecho positivo cierto y preciso, en cuyas determinaciones pueden confiar más que en las de la doctrina, ya que prevén la repetición judicial de los criterios ya utilizados."[23]

A segunda classe de métodos adotados para integrar o direito, segundo Carnelutti(2006), citado por Bobbio (1999a), seria a **autointegração**, podendo ser sintetizada em dois procedimentos: a analogia e a aplicação dos princípios gerais do direito.

[23] GOTTHEIL, 1927, p. 108-109.

A analogia é a aplicação a um caso não regulamentado de uma mesma disciplina prevista expressamente para um caso regulamentado[24]. Por sua semelhança, adota-se um procedimento interpretativo de integração da norma posta, a fim de que seja sanada a lacuna.

A semelhança deve ser qualitativa ou material entre os casos. Trata-se de uma "semelhança relevante", segundo afirma Bobbio: "é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências"[25].

Importante a distinção entre a analogia *legis* (própria), a analogia *iuris* e a interpretação extensiva.

A analogia *iuris* é um procedimento interpretativo-integrativo que se aproxima dos princípios gerais do direito. A nova regra a regulamentar o caso é obtida a partir de todo o sistema jurídico ou de parte dele, não se restringindo à norma de um caso singular.

A interpretação extensiva não traduz a criação de uma nova norma jurídica, mas simplesmente a compreensão ampliativa (ou extensiva) de uma norma já existente para os casos não expressamente regulamentados por essa. Há uma redefinição do alcance ou eficácia da norma para compreender o caso não previsto.

Por fim, a analogia *legis* (analogia propriamente), que se distingue das demais citadas, é criativa. Ou seja: parte-se de uma norma aplicável a um caso para a criação de outra norma jurídica[26].

A aplicação dos princípios gerais de direito como método de autointegração, a partir da leitura de Bobbio (1999a), refere-se àqueles que não sejam expressos e não traduzam a regulamentação do caso que se tem em mira.

Portanto, diante de um caso não regulamentado, em vista do silêncio do direito positivo, da impossibilidade da analogia *legis* ou da interpretação extensiva, recorre-se aos princípios gerais do direito não expressos como método de autointegração. Assemelha-se, portanto, à já referida analogia *iuris*. O intérprete

[24] BOBBIO, 1999a, p. 151.
[25] BOBBIO, 1999a, p. 153.
[26] Ibid, p. 155.

buscará, então, nos princípios gerais, a forma de regulamentação do caso, a fim de sanar a lacuna.

Incontestável, a partir da leitura de Bobbio (1999a), que a Escola positivista ou normativista não conseguiu afastar a quebra do dogma da completude de um ordenamento jurídico. Há, nesse sentido, vácuos ou espaços vazios nos sistemas normativos (ainda que aparentes) que precisam ser superados.

Esse movimento de integração não cabe apenas ao Poder Legislativo e ao Judiciário, tampouco pode ser reconhecido como um espaço aberto para o livre agir da interpretação dos destinatários das leis. É preciso que o Estado otimize os comandos constitucionais e proporcione segurança, tendo um Poder Executivo que efetivamente participe da política legislativa. A sua atividade normativa precisa ser exercida com força coercitiva, quando necessária, e promover a adesão de seus destinatários.

Parece-nos claro, até aqui, que o exercício da função normativa pelo Poder Executivo tem como principal justificativa a impossibilidade real, no contexto presente, de o Poder Legislativo disciplinar o complexo emaranhado de relações sociais por meio de leis gerais e com forte abstração.

Na esteira desse entendimento, no estagio atual de evolução social, o Estado materialmente democrático exige, mais do que antes, comandos normativos que afastem a incerteza.

A sociedade alcançou um nível de participação e controle maior sobre o exercício das funções estatais. Precisa, por sua vez, de normas a regulamentarem suas condutas com clareza, eficácia, inteligibilidade e precisão.

Afinado ao princípio da tripartição do poder estatal e à relação harmônica entre os órgãos (ou funções) do Poder uno, define-se como imprescindível, portanto, a adoção de um princípio da legalidade mais amplo, ao mesmo tempo reconhecendo função normativa ao Poder Executivo e não estabelecendo contraste em relação à lógica dedutiva-formal do sistema jurídico.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (JURIDICIDADE) – COMPREENSÃO DO CONCEITO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

3.1. Noções preliminares

Impossível pensar o Estado de Direito e a atuação normativa do Poder Executivo sem discorrer sobre o conteúdo do princípio da legalidade. Ao mesmo tempo que representa as amarras da atuação estatal, tal princípio legitima o exercício da potestade da Administração Pública.

A Administração Pública não possui liberdade de atuação ou autonomia de vontade. Deve realizar seus atos com o fito de executar os objetivos traçados pelas normas, assim como promover a aplicação concreta e de forma vinculada aos comandos legais, não sendo possível o seu desvio, excesso ou o insuficiente cumprimento.

Se é bem verdade que os modelos de Estado e de Administração Pública evoluíram, como adiante falaremos, não é menos certo que o princípio da legalidade alcançou uma nova dimensão. O que antes se constituía como uma vinculação absoluta da Administração à lei formal, o regime jurídico administrativo passa a dar maior guarida ao conteúdo axiológico da lei, com as reservas da corrente positivista. Nesse contexto, a Administração visa garantir a efetividade dos comandos constitucionais, assim também entendida a própria concretização e proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, a observância da lei deve estar aliada à Constituição. A efetividade das políticas públicas pode exigir, por outro lado, a vinculação direta aos preceitos da Constituição, superando inclusive o dogma da imprescindibilidade de lei formal (decorrente do processo legislativo), com limites, a fim de mediar e legitimar a atividade administrativa. A Administração Pública passa a ter como respaldo de ação a própria Constituição, evidenciando, portanto, uma nova leitura do princípio da legalidade[27].

Paulo Otero (2007) e Gasparetto (2011) assinalam essas mudanças acerca da interpretação e conteúdo do princípio da legalidade, sendo válido citar:

[27] GASPARETTO, 2011, p. 69.

> "O conteúdo material da legalidade vinculativa da Administração Pública sofreu uma considerável transfiguração durante as últimas décadas do século XX:
>
> a) A densidade ordenadora da legalidade reduziu-se e o pluralismo normativo converteu-se num neofeudalismo normativo;
>
> b) A proliferação de um sistema constitucional ´principalista´ projectou-se no conteúdo da própria legalidade administrativa, reconduzindo-a a um ´Direito de princípios´, debilitador da certeza e da segurança da actuação administrativa e do papel garantístico da lei, fazendo aumentar o protagonismo da Administração Pública na realização do Direito e dos tribunais administrativos no seu controlo;
>
> c) A intensidade vinculativa da normatividade relativizou-se ou diluiu-se, observando-se o surgimento de diversas manifestações de soft law que envolvem a degradação da força obrigatória das normas integrantes da legalidade administrativa."[28]

Isso não significa, à toda evidência, o abandono ou a queda do império da lei no Estado de Direito. A Administração deve seguir o princípio da legalidade, adotando-o de forma mais ampla como imperativo das necessidades sociais e abalizador de sua conduta.

Esse tipo de análise não se confunde com os critérios de validade das normas, que deverão ser adotados. Não se reconhece à Administração Pública a plena autonomia para descrever uma norma como injusta ou justa, a ponto de deixar de aplicá-la, ignorando todo o sistema jurídico no qual está inserida, assim como a lógica dedutivo-formal que deve ser seguida pelo Poder Executivo.

O anseio dos cidadãos por normas que traduzam certeza e segurança permanece ainda com maior vigor, seja em virtude da complexidade das relações atuais, seja pela presença marcante do Estado concretizador de garantias fundamentais e otimizador dos comandos da Constituição.

Nesse contexto, afastar abusos, desmandos, favorecimentos, perseguições e qualquer outro ato administrativo que se reverta em ofensa aos princípios decorrentes da legalidade (eficiência, razoabilidade, impessoalidade etc.) exige, em muitos casos, a presença de lei formal a definir a moldura de atuação da Administração.

---

[28] OTERO, 2007, p. 198-199.

Passa-se, portanto, a uma releitura obrigatória do princípio da legalidade, que jamais afastará por completo a submissão da Administração Pública à lei em um Estado democrático de Direito, promovendo, em lugar disso, maior flexibilidade e novos limites. O que antes traduzia um modelo hermético, próprio do Estado Liberal, agora exige abertura e elasticidade, sem que restem caracterizadas delegações inconstitucionais da função legislativa e tampouco ampla autonomia para o exercício da função normativa pelo Executivo.

De fato, devemos admitir, na atualidade, que ao Poder Executivo cabe, ao lado do Poder Legislativo, a definição de uma política legislativa, determinante para traçar positivamente o conteúdo das normas que irão regular as condutas dos agentes públicos, afinadas, por óbvio, aos institutos ou normas de legitimação desse poder normativo pelo sistema jurídico vigente[29].

Torna-se necessária a própria concretização da justiça material, ultrapassando a máscara do formalismo para a proteção substancial do Direito. Verifica-se a necessária superação teórica de premissas antes defendidas, como a separação rígida das funções de Montesquieu (1996)[30], para compreendê-las de outra forma, admitindo-se um Poder Executivo maior, que não seja um mero executor de ofício das leis, como se a legalidade estivesse imaculada por uma Administração cega aos valores que orientam todo o ordenamento constitucional.

Essa nova dimensão de legalidade não se restringe à aplicação do princípio em face da Administração Pública, mas da própria leitura que o cidadão deve ter diante do comando constitucional: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”[31].

3.2. A concepção rígida de princípio da legalidade

Em sentido estrito, o princípio da legalidade significa, para a Administração Pública, o dever de total subordinação ou subsunção à autorização legal para o

[29] Dentre outros, compartilham desse entendimento: OTERO, 2007, p. 198-199; GASPARETTO, 2011, p. 90; e GRAU, 2011, p. 167-188.
[30] Nem tão rígidas assim. A teoria de Montesquieu admite o exercício de certas interferências do Executivo sobre o Legislativo, como por exemplo o poder de veto. (MONTESQUIEU, 1996)
[31] CR/88, artigo 5º, inciso II.

exercício de seus atos.

Está afinado, portanto, à fórmula defendida por Montesquieu para a separação das funções estatais, notadamente no que concerne à criação e à aplicação das leis. Não cabe, nesse sentido, ao mesmo Poder que edita as leis, dar-lhes o nível de concreção e aplicá-las.

Trata-se de um instrumento de limitação do exercício do poder, ao mesmo tempo em que lhe legitima e qualifica sob a ordem de um Estado de Direito. Em síntese: à Administração Pública cumpre executar, à luz do princípio da legalidade em sentido estrito, os comandos legais (lei formal), notadamente como garantia dos direitos individuais que o sistema jurídico protege[32].

Grande parte da doutrina brasileira compartilha do entendimento de que o Direito Administrativo no Brasil, por assim dizer, a ordem constitucional pátria, ainda adota a concepção rígida.

Diógenes Gasparini (2007) ensina que tal princípio significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade direta de seu autor[33].

Celso Antonio Bandeira de Mello (2003) é ainda mais enfático:

> "No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. (...) Nos termos do art. 5º, II, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.' Aí não se diz 'em virtude de' decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se 'em virtude de lei'. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja.

[32] GASPARETTO, 2011, p. 94.

[33] GASPARINI, 2007, p. 7-8. Importante observar que Gasparini ressalva, mais à frente, a possibilidade de o administrador público agir sem prévia definição por lei específica. "Todavia não carece existir lei estabelecendo se, como e quando a Administração Pública deve agir, pois muitas vezes o interesse público, a moralidade administrativa e o dever de agir permitem sua atuação sem a existência de uma lei específica" (p.8). Parece-nos que se trata de uma possível flexibilização do princípio da legalidade pelo próprio autor, ao defender a vinculação direta do agente público a outros princípios em um exercício de sopesamento em favor do interesse público.

> Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar."[34]

Seabra Fagundes (2006), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007), José dos Santos Carvalho Filho (2008), dentre outros, defendem a concepção de princípio da legalidade em sentido estrito. Segundo o primeiro, "administrar é aplicar a lei de ofício"[35]. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "a autoridade administrativa não pode querer senão o que a lei permite e na medida em que o permite."[36] E, por fim, em doutrina mais recente, José dos Santos Carvalho Filho ressalta:

> "É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na conseqüência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude."[37]

Segundo anota Gasparetto (2011), mesmo a doutrina estrangeira, representada por Renato Alessi e Eisenmann, é adepta do princípio da legalidade rígido[38]. Válido transcrever a análise feita pelo eminente professor:

> "Einsenmann defende a concepção restritiva, pois a concepção ampliativa alteraria a essência do princípio como concebido, em suma, por três motivos: a) o significado de leis no constitucionalismo dos Estados Liberais, não as conduzia ao conceito de regras de direito ou normas jurídicas, mas sim uma espécie de norma com processo de elaboração próprio; b) haveria equívoco de linguagem técnica se se considerasse num mesmo plano normas com hierarquias diferentes; c)

[34] BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 93-94.
[35] FAGUNDES, 2006, p.5. Importante a ressalva feita pela doutrina, dentre os quais, Gasparetto ao referir-se sobre assertiva de FAGUNDES, de que sua "afirmação foi contextual, comparando a função administrativa – de atuação oficiosa – à função jurisdicional, cuja atuação é mediante provocação" (GASPARETTO, 2011, p. 93-94)
[36] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 474.
[37] CARVALHO FILHO, 2008, p. 17.
[38] GASPARETTO ainda faz referência a Marcello Caetano e Afonso Rodrigues Queiró como representantes da concepção de legalidade estrita. (GASPARETTO, 2011, p. 96-97).

> admitiria derrogações ao princípio da legalidade, transformando-se numa repetição da análise das fontes das normas."[39]

Essa corrente argumenta que a Administração tem uma vinculação extrema à lei, tanto em um sentido positivo, como também em um sentido negativo. Em um sentido negativo, isso se dá quando a norma legal proíbe determinada atividade. Trata-se, portanto, de limite ou óbice insuperável ou intransponível. Em um sentido positivo, por sua vez, a Administração Pública estaria autorizada a fazer somente aquilo que a lei consente[40].

A concepção rígida do princípio da legalidade não significa à toda evidência a aplicação fria da lei pela Administração Pública, a ponto de tolerar desvios de finalidade do comando normativo. Cumpre ao administrador executar o comando legal afinado ao seu conteúdo, à substância do ato legal, correspondente ao interesse público e ao bem social pela norma jurídica tutelado. Caso contrário, não se estaria conferindo-lhe concretude tal como a definição legal, mas apenas e tão somente para dar um aparente suporte formal à prática ou realização de ato administrativo contrário ao interesse coletivo.

É pressuposto de aplicação da lei, mesmo quando se está diante da concepção rígida de legalidade, que o Administrador a execute consoante a sua finalidade. Válida a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho (2003):

> "A legalidade não tem o condão de transformar o Administrador Público num cético e desmesurado do texto legal: legalidade não é sinônimo de legalismo (formalismo na aplicação da lei que a desliga da realidade social). O espírito da lei - o conteúdo – é pressuposto de sua aplicação. O irrestrito cumprimento da norma não significa aplicação fria e descompromissada. Prevalece, na tarefa de realização do direito, a adrede convicção de que, antecedendo a norma, preexiste a finalidade pública."[41]

Como se verifica, a ideia estrita de legalidade está presente nas doutrinas brasileira e estrangeira, assim como bem registrada nas obras de referência. A

[39] GASPARETTO, 2011, p. 96.
[40] ALESSI, 1970, p. 9. apud GASPARETTO, 2011, p. 95.
[41] BACELLAR FILHO, 2003, p. 164.

afirmativa de que a ordem constitucional brasileira a consagra expressamente é reiteradamente defendida. Isto não significa, em conclusão, que a aplicação da lei formal pela Administração Pública deve ser feita com as vendas de outrora do liberalismo.

Pelo contrário: mesmo diante da rigidez formal legalista, o princípio da legalidade não está distante da realidade social, devendo o administrador público respeitar a finalidade da norma e o interesse público tutelado para melhor executa-lá e cumpri-la.

3.3. Os fundamentos para a releitura do princípio da legalidade

3.3.1. Os problemas enfrentados pela legalidade em sentido estrito

3.3.1.1. A evolução dos paradigmas de Estado. A superação do modelo rígido burocrático e absenteísta liberal pelo Estado empreendedor-gerente

Com todas as ressalvas do positivismo jurídico conservador, o caos provocado pelas lacunas das leis no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro reflete a necessidade de sua superação por meio de uma legítima função normativa a ser desempenhada pelo Poder Executivo – sem que façamos, aqui, confusão entre função normativa e função legislativa[42].

Aludida função será sempre complementar, colaborativa, integrativa à atividade do legislador, o que não obsta tenha em dado momento caráter primário, inovando na ordem jurídica. Presta-se a romper a barreira do excessivo rigor formal das leis do Poder Legislativo, a fim de abalizar o funcionamento da Administração Pública moderna (modelo gerencialista adotado pelo Estado brasileiro) e, em certa medida, conferir certeza e segurança aos cidadãos. Reconhece-se ao Executivo uma atribuição que lhe é própria, qual seja o exercício de parcela da função normativa do Poder uno estatal na modalidade regulamentar[43].

A compreensão das dificuldades enfrentadas pela sociedade na construção e aplicação do arcabouço jurídico e superação de suas lacunas, pressupõe

[42] GRAU, 2011, p. 236.
[43] Ibid., p. 245.

considerar, sobretudo, as dificuldades da gestão pública, os critérios adotados para a participação popular no processo decisório-político, assim como suas vicissitudes e necessárias mudanças.

A evolução dos modelos de Estado revelam a construção paulatina de uma aparente assimetria no exercício das funções Executiva e Legislativa, justamente para a concretização de direitos fundamentais.

Essa prefalada assimetria vai se revelando nos modelos de gestão da "res" pública, na forma de organização burocrática da administração, nos mecanismos de controle e de acesso do cidadão ao poder, na própria função normativa do Poder Executivo e no reconhecimento crescente dessa função pelo Poder Legislativo ante a complexidade do Estado e a necessidade de intervenção nas relações sociais.

Esse ativismo normativo do Poder Executivo em um Estado dirigente é explicado por Comparato (1998):

> "...na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmegesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (*Lenkungsgesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*). A tendência geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do Governo, não só na instância central, mediante decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autônomas, de que são modelo consagrado as *independent regulatory commissions* dos Estados Unidos."[44]

A aparente assimetria noticiada acima não colide com o princípio do poder estatal tripartite e o necessário equilíbrio, independência e harmonia das funções legislativa, executiva ou jurisdicional, como adiante demonstraremos.

Na verdade, trata-se da reafirmação (ou releitura) desse princípio, na medida em que a tripartição visa o equilíbrio para repelir, em síntese, a omissão estatal, os abusos, desmandos e a concentração sem controle ou limites em um dos Poderes.

[44] COMPARATO, 1998, p. 39-40.

A democracia material precisa ser realizada, o que exige maior diálogo entre as fontes de Direito, tal como circularidade dos instrumentos de regulação.

Traçar o retrato da Administração Pública no contexto atual, à nós impõe mergulhar no passado, alcançar uma realidade que nos antecede e interpretar os fatos que impulsionaram as transformações sofridas pelo Estado.

A sociedade, deixando de ser um vulcão adormecido, apregoou seus interesses, seus valores, impulsionando o cidadão a defender suas prerrogativas e direitos, de forma individual e coletiva, a ser o árbitro de suas leis.

Assim, do Estado monárquico absolutista, no qual o rei, escolhido por Deus, fazia com que seus súditos se sujeitassem ao seu poder, a sociedade transgrediu as barreiras das “trevas”, para, por meio do “iluminismo”, experimentar o paradigma do Estado Liberal de Direito.

Com o advento do Estado Liberal, a sociedade passou a viver a garantia formal de seus direitos, limitando-se à Administração o exercício do poder de polícia. A intervenção estatal nas relações privadas ou qualquer tipo de restrição à propriedade era, nesse contexto, flagrantemente repudiado. A Administração valia-se de técnicas autoritárias de exercício de poder para atingir os resultados, desconsiderando, por exemplo, direitos de acesso a documentos públicos, publicidade, transparência etc. Houve, portanto, grave e desproporcional concentração de riquezas, promovendo grandes disparidades, distanciamento e estagnação entre as classes sócio-econômicas.

Não muito tardou e o retrato liberal, absenteísta, erigido sob a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade (propriedade), revelou-se como insuficiente e insatisfatório.

Nesse período, assiste-se a supremacia do positivismo jurídico, e, aos poucos, nota-se a construção do modelo burocrático de organização administrativa de Weber, baseado no sistema de mérito, na impessoalidade e padronização legal da atuação do agente público.

Depreende-se que tal modelo burocrático do Estado Liberal foi erigido como forma de estabelecer garantias, sob o risco – ou desejo oculto – de atender apenas a interesses dominantes. Há a predefinição de condutas dos agentes públicos para a aceleração das respostas da Administração às situações que lhe eram colocadas e

redução de incertezas. Afinal, aquela realidade individualista e a aparente aproximação do cidadão ao Poder Legislativo permitia consagrar um critério rígido de legalidade a ser vinculado à Administração Pública.

Diante das conseqüências nefastas que se constatavam pouco a pouco, a sociedade passou a demandar maior intervenção do Estado em suas relações e maior flexibilização do modelo burocrático. Surge o Estado Social (Pós-Liberal). Por meio desse novo modelo, as instituições públicas assumem o papel de não apenas fazer respeitar a lei formal, mas visam garantir a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, participando e intervindo nas relações privadas. O princípio da legalidade rígido começa a sofrer desgaste, refletindo na necessidade de sua ampliação.

A estrutura administrativa adquiriu contornos extremamente complexos, ônus financeiros elevadíssimos, não sendo capaz de suportar o peso de suas atribuições e conservando, de qualquer modo, a rigidez organizacional burocrática.

Como nos ensina Carlos Ari Sundfeld (2002), para que um Estado configure-se como democrático, não basta que seja governado por uma Constituição ou incorpore o princípio da separação dos poderes[45]. À toda evidência, é necessário que o povo, na melhor definição de Friederich Muller (1998)[46], participe ativamente de seu processo decisório político. Ao contrário disso, contudo, seja no Estado Liberal ou no Estado intervencionista, pós-liberal, o povo não se via como destinatário das normas ou como participante das decisões estatais.

O Estado Democrático de Direito é construído, portanto, sob o prisma da participação popular efetiva, do respeito aos direitos individuais, sociais e políticos. Há a ampliação do diálogo entre o Poder Público e seus destinatários, governantes e governados, representantes e representados, Administração e administrados. O cidadão passa a ter outro "status", inatingível no Estado Social – de uma posição filial, como recebedor de benesses estatais, passa para uma posição ativa, atuante e mais participativa no processo político[47].

---

[45] SUNDFELD, 2002, p. 50.
[46] MULLER, 1998.
[47] A propósito, Cattoni (2002): "...a Constituição brasileira de 1988 pretende possibilitar a superação das desigualdades sociais e regionais, através do progressivo aprofundamento da democracia participativa, social, econômica e cultural, no sentido de se realizar um ideal de justiça social processual e consensualmente construído, só possível com o fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada e atuante."(CATTONI, 2002, p. 63)

Não estando devidamente preparado para suportar os ônus de sua necessária intervenção na sociedade, sem conseguir implementar políticas públicas concretistas eficientes, o Estado passa a conclamar a própria sociedade para com ele participar do exercício de funções eminentemente públicas. O Estado deixa de ser centralizador para assumir a feição de Estado empreendedor-gerente.

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira (2000), o Estado não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser executados por outros sujeitos, como associações de usuários, fundações ou organizações não governamentais sem fins lucrativos, sob acompanhamento e financiamento do Estado[48].

Não se tratou de reduzir o Estado a mero ente regulador. Como reforça Paulo Modesto (2001a) o Estado apenas regulador, é o Estado mínimo. Trata-se de utopia insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação dos serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não oferecer diretamente todo o ensino. Os serviços de interesse público devem ser financiados pelo Estado, mas não necessariamente realizados diretamente pelo aparato estatal[49].

Nesse contexto, crescem de importância os entes “públicos não-estatais”. A assunção por particulares de tarefas e missões de interesse social em colaboração com a Administração Pública[50].

Assim, na linha desse movimento de reforma do Estado com maior participação da sociedade civil no desempenho de funções públicas, mas não exclusivas do Estado, o Brasil vem se desprendendo das amarras do monopólio estatal, resquícios do modelo de intervencionismo concentrado. Em verdadeira parceria com a iniciativa privada, implementa novas ações e amplia sua *longa manus* por meio de seus parceiros, para dar concretude aos direitos dos cidadãos e às necessidades sociais.

A reforma do Estado passa a ser considerada como um resgate da coisa pública, ante a possibilidade de se produzir uma elevação do controle social da

[48] BRESSER PEREIRA, 2000, p.7-26.
[49] MODESTO, Paulo, 2001a, p. 5.
[50] BRESSER PEREIRA, 1996, p. 285.

Administração Pública, quando descentraliza e busca uma maior participação da sociedade[51]. A sociedade deve ter uma participação maior na fiscalização e atuação dos gestores, funcionando como uma forma de controle externo ou controle social.

O modelo burocrático de gestão pública cede espaço, portanto, para o modelo organizacional pós-burocrático. Ao contrário da concepção excessivamente centralizada, hierarquizada, baseada em regras postas, a nova Administração Pública caracteriza-se pela descentralização, em uma nova estruturação em rede, com relações de cooperação e coordenação, e utilização de instrumental fornecido pela tecnologia da informação para conferir transparência e acesso ao processo decisório político-administrativo.

Aludida reforma poderia ser interpretada como uma nova afirmação do modelo do Estado Democrático de Direito, introduzindo a sociedade civil organizada como um canal de diálogo entre o Poder Público e os cidadãos, permitindo que se concretizem direitos antes apenas verbalizados e idealizados na Constituição escrita, aproximando materialmente os cidadãos do Poder e proporcionando-lhes instrumentos de participação e controle na gestão estatal.

Não obstante tal retrato reformista de Estado seja promissor, muitas são as vozes discordantes. Segundo Ana Paula Paes de Paula (2005), a Administração Pública no formato de Estado gerencialista encontra-se em crise[52].

Em extenso trabalho de pesquisa, a eminente autora aponta limitações dessa "nova administração pública". Dentre as quais, enumera: a) a formação de uma nova elite burocrática; b) forte centralização do poder no Executivo; c) inadequação de técnicas do setor privado ao exercício das funções públicas; d) dificuldades de lidar com a complexidade dos sistemas administrativos e a dimensão sociopolítica de gestão; e) incompatibilidade entre a lógica gerencialista e o interesse público[53].

Aludidas limitações afastariam a ideia de redução de custos governamentais, além de reforçar a necessidade de maior regulamentação das atividades transferidas para o setor privado. Nesse mesmo sentido, o interesse público demandaria restringir o poder discricionário dos burocratas e delimitar as

[51] É o que se extrai das lições de Bresser Pereira (1996; 2000).
[52] PAULA, 2005, p.81.
[53] Ibid, p. 82-87.

responsabilidades gerenciais antes do processo de tomada de decisões[54].

A dinâmica gerencialista na Administração Pública inverte o controle de meios para priorizar o controle de resultados. As regras são erigidas durante o processo de tomada de decisão, cabendo aos burocratas maior poder discricionário em favor de metas e resultados. Logo, acaba por proporcionar excessiva autonomia dos administradores públicos, comprometendo, em tese, a dimensão sociopolítica de gestão e a visão integrada de governo, bem como aumentando os riscos de desvios de legalidade e corrupção[55].

No cenário brasileiro, esta nova Administração Pública gerencialista não teria resultado em uma ruptura com a linha tecnocrática, além de continuar reproduzindo autoritarismo e patrimonialismo. O processo decisório continuou monopolizado em um núcleo estratégico do Estado e de suas instâncias executivas, não tendo sido assegurada efetivamente a inserção da sociedade civil na formulação de políticas públicas[56].

O quadro de evolução da gestão pública, acompanhando os modelos (ou paradigmas) de Estado liberal, social e democrático, serve de subsídio para evidenciar o cenário em que estão inseridos Administração e administrados.

Verifica-se, desse modo, a grande mudança que o Estado vivenciou ao longo dos séculos. O amplo espaço para a regulamentação de condutas entre particulares e para as ações estatais, cujo vazio normativo obsta o próprio exercício da gestão pública, desafia obrigatoriamente a releitura do princípio da legalidade, sob pena de inviabilizar a concretização de direitos fundamentais e a ação administrativa.

Válida a lição de Di Prietro (2001):

> "O grande volume de atribuições assumidas pelo Estado concentrou-se, em sua maioria em mãos do Poder Executivo, que, para atuar, não podia ficar dependendo de lei, a cada vez, já que sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo.
>
> Como conseqüência, passou-se a conferir atribuição normativa ao Poder Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos. O legislador, em inúmeros casos, passou a adotar a técnica de editar fórmulas gerais, *standards*, para serem

[54] PAULA, 2005, p.135 e seguintes.
[55] Ibid.
[56] Ibid.

> completados pelo Executivo; este deixou de ser apenas um executor de normas postas pelo Legislativo."[57]

As inúmeras atribuições do Estado exigem decisões rápidas pela Administração Pública. A concepção rígida de legalidade, amarrando o administrador à lei formal, decorrente do processo legislativo, não coaduna com a realidade social.

Sem desconsiderar os equívocos de sua interpretação, à época da concepção da teoria da tripartição do poder de Montesquieu (1996), experimentava-se um contexto de total irresponsabilidade estatal, ou seja, mesmo o Executivo e seus agentes no exercício da função não eram responsabilizados por seus atos, a ensejar ainda aos destinatários de suas ações maior temor[58]. Havia representatividade política no Parlamento, as divisões das funções estatais eram mais claras, sem maior controvérsia ou complexidade que o mundo da vida nos coloca no contexto presente. Odete Medauar (2004) esclarece:

> "...a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional de poder legislativo, como é o caso das medidas provisórias. Além do mais, verifica-se neste fim de século realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu; muitas instituições são dificilmente enquadráveis em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas."[59]

O reconhecimento da legalidade, constitucionalidade e juridicidade dos atos normativos editados por entidades e órgãos integrantes da estrutura do Poder Executivo, seja pelo cidadão[60], pelo Poder Constituinte (medidas provisórias,

---

[57] DI PRIETRO, 2001, p. 31.

[58] Conforme bem anota Simone Lahorgue Nunes, a idéia de irresponsabilidade do Estado é resumida na máxima "Le roi ne peut mal faire" ou na versão inglesa *"The King can do no wrong"*. Registra que nos Estados Unidos e Inglaterra tal entendimento vigia há até pouco tempo, "tendo desaparecido em decorrência do *Crow Proceedings Act*, de 1947, na Inglaterra, e em virtude do *Federal Tort Claims Act* de 1946, nos Estados Unidos" (NUNES, 2000, p. 173).

[59] MEDAUAR, 2004, p. 30.

[60] Peter Harbelle defende que o círculo de intérpretes da Constituição é amplo e aberto. O povo não é apenas um referencial quantitativo para a eleição de seus representantes, "mas um elemento pluralista para a interpretação da que se faz presente de forma legitimadora no processo

decretos autônomos etc.), Judiciário e Legislativo (ao não promover, por exemplo, a suspensão de eficácia de aludidos atos normativos em sua grande maioria)[61], permitem-nos afirmar que sua elaboração, validade e eficácia decorrem fundamentalmente de uma relação de causa e efeito.

Os atos normativos-administrativos são necessários e reconhecidos como tal pelo Poder institucionalizado e por seus destinatários para afastar o caos, a incerteza e insegurança provocada pelo vazio legal ou pela impossibilidade de alcance da lei *stricto sensu*, decorrente do rígido processo legislativo.

Não significa por sua vez delegação de função legislativa ou atribuição desafinada a "separação das funções", mas uma intercessão no gênero função normativa à qual se submetem tanto a edição de leis, como atos regulamentares e até mesmo os regimentais.

Norberto Bobbio (1999a) já elucidava em parte a matéria, ao afirmar que os regulamentos editados pelo Poder Executivo são típicas fontes delegadas do Direito, sendo como as leis. Sua função é justamente a de promover a necessária integração dos atos legais genéricos e abstratos do Poder Legislativo, sem os quais não seria possíveis aplicá-los.

Insista-se acerca de sua função integradora do Direito, lembrando a concepção kelseniana de direito como sistema unitário e escalonado de normas. Afirma Bobbio (1999a) acerca do tema:

> "A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho. (...) A complexidade de um ordenamento jurídico deriva portanto da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de conduta, em última análise, do fato de que essas regras são de proveniências diversas e chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais diferentes. (...) É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas , que

constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.(...) Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!" (HARBELLE, 1997, p. 37)

[61] Nos termos do artigo 49 da CR/88, o Poder Legislativo pode suspender atos normativos do Poder Executivo por meio de Decreto Legislativo quando houver usurpação de competência. É bem verdade que não poucos atos são objeto de proposta de Decreto Legislativo. Todavia, aludidas propostas são em sua grande maioria rejeitadas, retiradas pelos autores e arquivadas.

> contem somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exeqüíveis."[62]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007) alerta, citando Mello Franco, que a inação do governo, principalmente no *Welfare State*, objeto de intensas reivindicações, "pode ferir uma sociedade inteira", sendo odiosas e insuportáveis a lentidão e a esterilidade das discussões legislativas. Chega a afirmar que *"não falta aplauso a quem se proponha dar eficiência à máquina administrativa, a qualquer preço, ainda que este seja o sacrifício da liberdade"*[63]. Importante asseverar que a crítica feita pelo citado autor não é à função normativa atribuída ao Executivo, mas sim à ineficiência e morosidade dos procedimentos legislativos ante as demandas da realidade social.

A superação do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, alcançando o Neoliberal e a própria noção que se adota atualmente para Estado democrático de Direito evidenciaram um déficit funcional progressivo do princípio da legalidade em sentido rígido[64], não sendo mais suficiente às pretensões da sociedade.

3.3.1.2. As delegações, lentidão do processo legislativo, inflação legislativa, omissão do legislador e a ação do Executivo

Como legado do sistema representativo da Revolução Francesa, reside no inconsciente coletivo não apenas a ideia de uma imperatividade da lei *stricto sensu*, mas da própria soberania do Poder Legislativo, tomando seus representantes como autores diretos do arcabouço jurídico a definirem os direitos e obrigações.

A ideia de formalismo legal, decorrente do processo legislativo como garantia de segurança jurídica, permeia o imaginário coletivo da sociedade até mesmo como uma herança cultural dos tempos das revoluções liberais. Locke já defendia expressamente a supremacia do Legislativo. "*Num Estado bem constituído, que subsiste por si mesmo e age de acordo com sua natureza, isto é, para a salvaguarda*

[62] BOBBIO, 1999a,p. 39-40
[63] FERREIRA FILHO, 2007, p. 16.
[64] GASPARETTO, 2011, p 99.

da comunidade, só há certamente um poder supremo – o poder legislativo"[65]. Segundo Rousseau (1996) *"o legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é por seu gênio, não o é menos por seu cargo."*[66]

Esse imaginário de segurança e certeza decorrente das leis formais desloca as atenções do Direito Administrativo tradicional para a defesa centrada no princípio da legalidade rígido. Por conseqüência, segmentos (ou parcelas) de destinatários das normas postas sentem-se motivados a se insurgirem contra a validade e eficácia de atos da Administração Pública apenas quando lhes convêm. Tal insurgência (baseada no juízo de conveniência) não se faz com o ideal de justiça. Questiona-se, assim, a própria legitimidade do discurso dos insurgentes em um processo argumentativo desafinado ao interesse público e aos valores constitucionais.

A insistência na defesa da legalidade *stricto sensu* como limitadora das ações da Administração Pública, apregoando a imprescindibilidade da lei formal, enseja a provocação reiterada do Poder Judiciário para a tutela de pretensões contrárias a diversos atos normativos-administrativos. Atos esses que regulam, não apenas por necessidade, mas por imperativo de coerência e maior eficácia de normas primárias, os procedimentos administrativos, exercício de atividades econômicas, prestação de atendimento nas áreas da saúde, educação, sistema financeiro, meio ambiente etc.

Como nas palavras de Eros Roberto Grau (2011):

> "A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olimpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais. (...) Não é estranho, assim, que essa doutrina – no mundo real em que se afoga – não avance um milímetro da afirmação, por exemplo, de que todas as resoluções do Conselho Monetário Nacional, editadas pelo Banco Central, são inconstitucionais."[67]

[65] LOCKE, John apud FERREIRA FILHO, 2007, p. 117.
[66] ROUSSEAU, 1996, p. 50.
[67] GRAU, 2011, p. 229.

Trata-se de uma teorização que parece apregoar no contexto atual um velho entendimento sobre a concepção tripartite de poder, defendida por Montesquieu (1996). Ignora-se sua releitura fática pelo contexto presente, sem olvidar de sua evolução teórica com os denominados “freios e contrapesos”, já incorporada pela maioria das ordens constitucionais que sustentam a defesa da tripartição do poder e do regime democrático no mundo.

Note-se que a defesa do poder tripartite (mesmo nos países que o reverenciam expressamente em seus textos constitucionais), admite maior função normativa (e até mesmo legislativa) ao Poder Executivo, não sendo sequer tolerada a intervenção do Poder Legislativo sobre seus atos de conteúdo normativo[68].

Esse temor reverencial à teoria de Montesquieu, que repudiava a concentração dos Poderes Executivo e Legislativo em apenas uma instância, não tem mais razão de existir na realidade fática atual. Ao menos não com o rigorismo de outrora e sob o fundamento de defesa da democracia.

A começar pela mudança dos sistemas políticos, constata-se a coexistência de representantes eleitos nas duas instâncias com poderes de decisão política. É o caso, por exemplo, do Chefe do Executivo em um regime Presidencialista. Se o fundamento para a defesa da legalidade rígida era a presença de representantes eleitos pelo povo para a construção da ordem jurídica no Legislativo, esse argumento por si só não basta.

A representatividade é exercida por ambos os Poderes e, não sendo o bastante, o Poder Judiciário (formado por membros com capacidade política dentre aqueles que compõem o povo – inclusive eleitos em determinados regimes), também exerce o *munus* público em defesa da legalidade posta e da ordem constitucional com independência, interferindo argumentativamente na ordem jurídica em favor de sua melhor integração e exercendo controle de licitude para a defesa de direitos.

A esse respeito, válido lembrar Perelman (2004) ao expor que “a obrigação de preencher as lacunas da lei concede, *ipso facto*, ao juiz, a faculdade de elaborar normas”. Então, de acordo com o autor, surge outro impasse: “como evitar que o juiz exerça esse poder de modo arbitrário, onde encontrar garantias de imparcialidade?”.

[68] A Constituição Francesa é um claro exemplo.

Ao responder a essa pergunta, o autor enfatiza que, na ausência de um regra expressa, o juiz deverá inspirar-se no espírito do direito, assim entendidos os valores orientadores do ordenamento jurídico e demais definições legais que outros textos agasalham[69].

A rigor, o que se defende em relação ao Poder Judiciário, nas palavras de Perelman (2004), é o caráter argumentativo do direito e a possibilidade de sua integração pelo julgador, visando a solução da controvérsia. Mas não chegamos a tanto nesta pesquisa e podemos partir de seu raciocínio apenas para reafirmar a necessidade de o Poder Executivo participar ativamente desse processo criativo do direito[70].

Essa teoria tripartite de Poder (ou a separação dos poderes) sofreu fortes mudanças ao longo dos anos. Como conseqüência da evolução dos paradigmas de Estado, foi evidenciada a própria paralisia dos Parlamentos ante as necessidades da sociedade. De forma paulatina, os legisladores foram abdicando de suas funções, e delegando ao Executivo, por meio de diversos instrumentos, a competência normativa e até mesmo atribuições no curso do processo legislativo formal.

A presença gradativa em diversos textos constitucionais, inclusive nas Constituições brasileiras, de atribuições conferidas ao Poder Executivo, antes não previstas, são claras e irrefutáveis evidências. Do modelo clássico que apenas admitia o poder de veto e sanção, o Executivo passou a ter iniciativa privativa para a proposição de projetos de lei sobre várias matérias, a possibilidade de editar decretos autônomos e criar leis delegadas, atribuições regulatórias sobre diversos temas, medidas provisórias etc.[71]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007) esclarece:

> "Incapazes de fazer o que se torna imprescindível, sem coragem para tomar medidas inadiáveis, porém impopulares, as câmaras dão plenos poderes ao Executivo, para que esse

[69] PERELMAN, 2004, p. 63.
[70] A referência feita a Perelman e ao caráter argumentativo do direito a legitimar inclusive uma função criativa pelo Poder Judiciário visa demonstrar a evolução de correntes pós-positivistas que não se contrapõem ao princípio da tripartição do poder, mas fazem uma releitura diante das necessidades e possibilidades do Estado atual. Desse modo, não entramos no mérito de discussão acerca da viabilidade da tese defendida por Perelman, tão somente ilustramos a corrente doutrinária que tem encontrado adeptos no Estado constitucionalmente democrático de direito.
[71] FERREIRA FILHO, 2007, p. 128.

> faça o que tem de ser feito, inclusive modificando, por decreto, as leis, e agüente as conseqüências. Essa é lição da 3ª República francesa, onde a instabilidade governamental se compensava com períodos de onipotência do Executivo. Todavia, esse ensinamento não discrepa da experiência de outros Estados. É essa, na verdade, a conclusão de Burdeau, para o qual o Executivo, por volta de 1939, se, nos regimes parlamentaristas, era juridicamente subordinado ao Parlamento, constituía praticamente um poder ilimitado."[72]

Há, na verdade, um flagrante engrandecimento do Executivo, passando a ser considerando como poder governamental, até mesmo expressamente nos textos constitucionais[73]. O Poder Executivo passa a interferir democraticamente no processo decisório do Legislativo por meio de uma representação direta no Parlamento – tudo isso afinado à Constituição.

À guisa de exemplo no cenário brasileiro, válido o registro feito pelo Supremo Tribunal Federal aos seguintes casos de omissão legislativa inconstitucional em julgamentos de Mandados de Injunção e Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão

Dentre os casos abaixo elencados, estão os julgamentos do direito de greve (CR/88, artigo 37, inciso VII[74]) e da Lei Complementar para criação de municípios (CR/88, art. 18, §4º[75]):

[72] FERREIRA FILHO, 207, p. 123.
[73] As constituições francesa, inglesa e alemã adotam essa denominação.
[74] CR/88, art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;
[75] CR/88, art. 18, §4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei;"

Processo	Relator	Data do julgamento
MI 788	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 795	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 796	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 797	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 808	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 809	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 815	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 825	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 828	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 841	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 850	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 857	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 879	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 905	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 927	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 938	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 962	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 998	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 758	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
MI 670	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
MI 708	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007
MI 712	Min. Eros Grau	25/10/2007
MI 721	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
ADI 3682	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
MI 695	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
ADI 3276	Min. Eros Grau	2/6/2005
MI 278	Min. Carlos Velloso	3/10/2001
MI 95	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 124	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 369	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

Tabela 1: Mandados de Injunção julgados pelo Supremo Tribunal Federal declarando a omissão legislativa inconstitucional.[76]

No que concerne ao “direito de greve”, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada[77].

[76] Supremo Tribunal Federal. Site: www.stf.jus.br. Acesso em 28/06/2012.

[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o Acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007. Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em 28/06/2012. Sobre essas decisões do STF, importante a análise feita por Clarissa Borges: “A cautela do STF na fixação de prazo para a restauração da situação de constitucionalidade pela edição de lei complementar revela as dificuldades de realização do controle que gera obrigação positiva do legislador. Antes de representar ingerência do Poder Jurisdicional sobre o Legislativo, esse modelo de controle constitucional revelaria o diálogo entre judiciário e parlamento no contexto da elaboração da lei, no momento em que o legislador positivasse decisões e operasse modificações recomendadas pelo judiciário, em efetivo reconhecimento da legitimidade da jurisdição constitucional contraposta à carência de legitimidade do parlamento.” (BORGES, 2011, p. 107)

No caso de omissão para a edição de Lei Complementar federal que regulamenta a criação de municípios, foi estabelecido o prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional adotasse todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional[78].

A incapacidade do Legislativo de desempenhar as funções atribuídas ao Estado e a necessidade de sua executoriedade pela Administração Pública, aliadas ao fato de ser ocupado por representantes eleitos pelo povo, colocaram o Poder Executivo em posição de liderança no comando dos Estados, embora tal liderança (e até mesmo coordenação) jamais tenha significado subordinação ou dependência dos outros Poderes.

Esse cenário gradativo de mudanças a traduzir novas leituras do princípio da separação dos poderes, revelou, até por corolário lógico, que a rigidez do princípio da legalidade passou a ser causa de incerteza, ineficiência e risco para a própria Democracia.

A concepção rígida de legalidade encontra problemas de aplicação insuperáveis, constituindo óbice a eficácia do Direito, seja sob o aspecto de sua qualidade (objeto da teoria da legislação[79]) ou validade (Teoria do Direito).

Não é exagero correlacionar a ampliação do sentido de legalidade ao desprestígio sofrido pelo legislador e até mesmo ao fenômeno denominado como "inflação legislativa". Acerca desse mal que assola os sistemas jurídicos, Eduardo Carone Costa Junior (2011) explica:

> "Certo mesmo é que a inflação legislativa se caracteriza, pelo menos, por um dos seguintes fenômenos:
>
> - Invasão de regras em setores de atividades, sobretudo de atividades econômicas, os quais poderiam ser regulamentados, quase sempre com maior eficiência, pela autonomia privada. Segundo Pagano, surgiu, nos EUA, o movimento de *deregulation*, exatamente para se contrapor a esta invasão;
> - Excesso de minúcias na legislação, sendo que os

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007. Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em 28/06/2012.

[79] A teoria da legislação e a legisprudência serão tratados adiante como ciência necessária ao exercício da função normativa pelo Poder Executivo, dando guarida ao princípio da legalidade em sentido amplo para a coerência e maior eficácia do sistema jurídico como um todo.

> detalhes poderiam, na opinião de Pagano, ser melhor disciplinados por órgãos do executivo, o que, contudo, aliviaria a carga de trabalho dos Parlamentos, mas não o excesso de normas jurídicas que, como no caso brasileiro, apenas deixariam de ser descritas por atos normativos primários e passariam a sê-lo por atos normativos secundários."[80]

A ânsia pela certeza do Direito, firmada na rigidez formal da lei decorrente do processo legislativo, tem provocado a construção de um cipoal de leis esparsas, repetitivas, com imprecisão técnica e terminológica, estabelecendo lacunas interpretativas que comprometem o seu grau de eficácia e aceitação social.

Por meio do que se esperava promover certeza, gera-se, portanto, o seu oposto. Onera-se, assim, a máquina estatal e a iniciativa privada, obstaculizando o desenvolvimento econômico, exigindo maior aparelhamento do Estado com órgãos e procedimentos em excesso, maior ativismo judicial e culminando com a reprimenda dos destinatários das regras[81]. É de se afirmar que a presunção de conhecimento das leis torna-se ainda mais falaciosa diante desse quadro inflacionário, não apenas pelo cidadão, mas pela própria Administração Pública.

A Administração, comprometida com a necessidade de leis formais para legitimar e validar seus atos, a fim de afastar também a insegurança da dúvida que permeia o ideário de seus agentes, temerosos de responsabilização direta (improbidade administrativa, indenização civil e responsabilidade penal)[82], acaba sendo promotora e vítima dessa proliferação de leis esparsas. Aguarda pela morosidade natural do processo legislativo, deixando de atuar (omitindo-se) quando deveria otimizar concretamente os comandos constitucionais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007) responde a seguinte pergunta:

> "Qual é, porém, o caráter da lei no regime constitucional pluralista contemporâneo?(...) O princípio da legalidade continua de pé. "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

[80] COSTA JUNIOR, 2011, p. 100.

[81] Estudos realizados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), organização internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados da economia de mercado, com sede na França, apontavam o forte impacto negativo provocado por leis de baixa qualidade (produção normativa em geral) para o desenvolvimento. Cerca de 2% a 4% do PIB são comprometidos pela ineficácia, imprecisão, ausência de clareza, dentre outras características dos atos legais.

[82] A responsabilidade do Estado e dos agentes públicos é reconhecida na maioria dos sistemas jurídicos. A tese da irresponsabilidade estatal encontra-se superada. No Brasil, a Constituição da República, artigo 37, §6º, define inclusive a responsabilidade objetiva.

> fazer alguma coisa senão em virtude lei", reitera a Constituição brasileira de 1967 (art. 150, §2º). Mas está de pé com um caráter meramente formal. Significa tão-somente que é necessário ato do Parlamento ou do Executivo no caso de delegação ou do domínio 'regulamentar' ou do campo do decreto-lei brasileiro, para determinar ação ou a abstenção do povo. Não envolve qualquer cogitação sobre o conteúdo da lei, exceto no caso particular de verificação de constitucionalidade. Desde que a forma seja respeitada, o Estado pode fazer a lei mandar o que for, por repugnante que seja. E o jurista até se nega o direito de discutir esse conteúdo – é ele metajurídico... – sem se recusar a interpretá-la, a cumpri-la e a aplicá-la."[83]

É justamente para afastar a concepção de obediência cega às leis e o rigor próprio do legalismo[84] que a realidade social exige a ampliação do conceito de legalidade. Não para que haja mera obediência formal, mas para que sua aplicação esteja afinada ao sistema jurídico como um todo, admitindo-se maior função normativa à Administração Pública.

[83] FERREIRA FILHO, 2007, p. 128/129.

[84] Já citado neste trabalho, Bacelar Filho explica que a legalidade não tem o condão de transformar a Administração Pública em mera executora da lei. Caso contrário, tratar-se-ia de sinônimo do legalismo (formalismo na aplicação da lei que a desliga da realidade social).

4. A NOVA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1 A ampliação do princípio da legalidade a partir da corrente positivista

A partir de uma visão conciliadora entre a corrente positivista e a teoria discursiva, o Direito, como ordenamento jurídico, decorre de uma ação comunicativa. A partir da figura do legislador, opera-se um diálogo a materializar-se na norma expressa. A letra legal é a exteriorização de um discurso. Nesse sentido, Fabiana de Menezes Soares (2004):

> "Os destinatários do comando normativo (receptores – auditório), que ao mesmo tempo dão condições de aplicabilidade do direito (aceitando o monopólio da jurisdição e o conhecimento de todos os comandos gerais emanados do estado) elegeram a representação política como instrumento de produção normativa e regulação do poder, fundados no arbítrio que os impeliu a buscar mandatários e na constatação fática de que o exercício direto não é possível."[85]

Como resultado de um fenômeno lingüístico (mas também empírico e, portanto, factual), a norma precisa ser compreendida (qualidade da legislação), reconhecida como válida e ter eficácia perante seus destinatários. Somente a conjugação desses fatores torna possível e realizável a finalidade da lei.

A visão positivista já exteriorizada neste trabalho é robustecida pela noção de que o sistema unitário de regras é moldurado por princípios e valores positivados na Constituição, por atos legais e infralegais (atos normativos do Executivo), devidamente autorizados pela ordem vigente, sendo integrado até por normas individuais.

Não há contradição ou antagonismo – a nosso sentir – a um sistema escalonado de normas ou a ideia de hierarquia consagrada por Kelsen (1998). Da mesma forma, desnecessário seria recorrer ao positivismo moderado. Não preocupa à corrente positivista o conteúdo axiológico das normas, mas seu aspecto formal.

Essa aparente neutralidade positivista – diversas vezes criticada, bastando mencionar como exemplo Carl Schmitt (2006) – não contraria o ideal ora defendido

[85] SOARES, 2004, p. 34

de que o sistema jurídico a que se submete a Administração Pública e o próprio exercício de sua função normativa são resultado de um conjunto de valores adotados e concebidos pelo Estado de Direito, devidamente positivados na ordem jurídica[86].

Respeitar a formalidade normativa significa obediência a coerência entre as normas, harmonia entre as regras postas e vigentes, tendo como condição de validade a sua eficácia (ainda que mínima, à luz da Teoria Pura do Direito), sob pena de falência da própria ordem positiva.

A formalidade tem, portanto, um colorido diferente daquele que muitos interpretam. Alcança por via reflexa – para não ser extremista – o conteúdo normativo como esse próprio o exige para ter eficácia e adesão de seus destinatários. A força (coerção) promove a obediência, mas é a adesão social resultante do discurso posto e compreendido que revela a perenidade das normas. Ambos justificam a eficácia, mas o último é, sem dúvida, vitorioso.

A lei possui, por óbvio, um conteúdo axiológico que motivou o critério racional adotado pelos legisladores e, porque não dizer, dos julgadores que irão promover sua integração – sempre racional à luz kelseniana – no quadro normativo. Sobre a interação axiológica que permeia o direito, Andithyas Matos (2009) esclarece:

> "...o direito não é um valor, mas um fato, um complexo fato-normativo, caso se prefira esta expressão. É claro que toda norma jurídica protege determinados valores em detrimento de outros, mas isso não significa que o direito seja, ele mesmo, um valor, o que soaria inclusive antilógico e redundante: um valor valoroso, i.e., um valor que protege outros valores. O direito convive com valores, os realiza em certa medida e os torna objetivos ao limitar-lhes o alcance conceitual, encerrando-os nos estreitos limites da norma positivada. (...) Sim, o direito é capaz de interações axiológicas extremamente complexas, mas não é, ele mesmo, um valor, e sim um fato ou um conjunto de fatos."[87]

Desse modo, parece-nos evidente que, embora não seja em si mesmo um

[86] Para esclarecimento, citamos a observação feita por Andithyas Matos sobre a teoria positivista de Kelsen: "...quando uma norma estatui certa conduta como devida, valora-se positivamente o fato do mundo fenomênico que consiste no seu cumprimento, enquanto o ato que corresponde ao seu descumprimento é valorado negativamente: 'A norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real." (p. 116)

[87] MATOS, 2009, p. 110.

valor, o direito agasalha determinados valores. O fato de protegê-los positivamente autoriza e, inclusive, determina o processo factual de construção normativa por seus poderes instituídos, de forma a promover um constante diálogo entre as suas fontes.

Na esteira desse entendimento, “a aplicação do direito efetuada pela autoridade competente é ao mesmo tempo criação do direito porque um ordenamento jurídico formal tal como o concebido pela Teoria Pura do Direito é sempre dinâmico”[88].

Ao interpretar desse modo, conseguimos defender a compreensão e aplicação de um princípio da legalidade em sentido amplo, tanto pela ordem constitucional brasileira, como em diversos outros sistemas constitucionais, admitindo que a Administração Pública atue com maior liberdade no exercício de suas funções e, ao mesmo tempo, que o Poder Executivo exerça uma função normativa legítima (válida) para a otimização dos comandos da Constituição e concretização dos direitos fundamentais.

Se há um déficit legislativo provocado pela superação do Estado Liberal[89], não significa que esse déficit não possa ser superado pelo próprio sistema jurídico posto através do reconhecimento de autores diretos das normas que não apenas o Legislativo.

As condições para a sua integração existem e são exigidas à luz do próprio ordenamento. Não se trata de digressões metafísicas em busca de um ideal normativo a regular casos não regulados, mas justamente obter a positivação exigida pelo sistema, autorizada pelas normas postas, até alcançar, inclusive, se preciso for, a norma hipotética fundamental. Válida a lição de Bobbio (1992) sobre o problema:

> “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”[90]

[88] Idem, 2006, p. 97.
[89] GASPARETTO, 2011, p.99.
[90] BOBBIO, 1992, p. 25.

Nesse sentido**,** deflagra-se a concepção ampla de princípio da legalidade no regime jurídico-administrativo atual. A Administração Pública não está restrita em seu agir às leis formais decorrentes do processo legislativo, mas a todo o sistema jurídico que orienta o ordenamento de dada sociedade. Mais: exerce função normativa integrativa desse sistema que vincula obrigatoriamente a si e aos cidadãos.

A releitura do princípio da tripartição do poder dá sentido a essa vinculação direta da Administração Pública aos comandos constitucionais, legais e infralegais.

Da mesma forma, os cidadãos devem observar os atos administrativos (inclusive normativos) desse sistema, sem que representem violação à ordem democrática por amor ao rigor formal do princípio da legalidade rígido, herdado dos ideais libertários da Revolução Francesa.

Conforme já outrora argumentado, a Administração Pública passa a ampliar obrigatoriamente seu campo de visão. Deve atentar-se para o sistema jurídico como um todo, buscando o máximo de aplicação das normas e não se valendo da viseira formal, da lentidão dos processos legislativos, do desprestígio do legislador, das travas burocráticas do sistema rígido, para esquivar-se em dar guarida às necessidades do verdadeiro titular do poder estatal (o povo) e editar suas normas para esse fim.

A ideia de que o positivismo jurídico representaria um sistema fechado não se opõe ao que é aqui defendido. Na verdade, a resposta para essa atuação estatal é encontrada exatamente no sistema positivado. São as normas constitucionais integrantes desse sistema, assim como os princípios positivados e todo o arcabouço jurídico autorizativo de condutas estatais e direitos expressos na Constituição, que dão o necessário suporte fático-jurídico para que o Estado atue e exerça uma função normativa integrativa.

O positivismo não representa barreira à força de regras infralegais; o que repudia é a violação ao processo lógico-dedutivo-formal, assim como a justificação de validade das normas baseada em um conteúdo meramente axiológico. Seja qual for o processo integrativo, desde que reconhecido e autorizado pelo sistema, de modo racional e válido, abstraindo-se o conteúdo axiológico como justificador de sua validade, há de ser respeitado e aplicado.

No que tange ao valor que a norma há de agasalhar, a partir da visão positivista, adentra-se no mérito da decisão do autor (ou emissário) da regra e em momento anterior à sua própria edição e vigência. Trata-se, assim, de política jurídica.

Nesse sentido, o óbice que existiria para o exercício de uma ação do Poder Executivo (regulamentar) desamparada de lei formal seria a inexistência de autorização pelo sistema jurídico deste exercício ou mesmo de uma norma fundamental pressuposta.

Não é preciso, portanto, adentrar na discussão sobre a rigidez tripartite do Poder estatal e valores democráticos que dão guarida a essa miscigenação de funções estatais.

A partir da visão positivista, constatado que o próprio sistema jurídico positivado reconhece (admite) essa atuação da Administração Pública, ou se não o faz, o exige a partir do fenômeno empírico, conferindo-lhe eficácia, não há dúvida de que a legalidade tutelada pelo ordenamento é possível a partir de uma função desempenhada pelo próprio Poder Executivo.

Surgem, então, algumas perguntas a que devemos responder para admitir essa dimensão da legalidade a partir de uma ação do Poder Executivo à luz do positivismo. Os atos normativos da Administração Pública inserem-se de forma coerente e sistêmica no ordenamento jurídico vigente? Seu processo elaborativo é reconhecido, autorizado e seu produto é minimamente eficaz? Há legitimidade?

Como se verifica, o reconhecimento de uma função normativa ao Poder Executivo vem sendo admitido pelos sistemas jurídicos, inclusive expressamente, como resultado de fenômenos empíricos sociais de tal sorte que representam imperativo de funcionamento da máquina estatal para a satisfação das necessidades dos destinatários das normas e concretização de seus direitos fundamentais.

Os riscos desse fenômeno e do reconhecimento dessa autoridade normativa ao Poder Executivo, todos sabemos. Mas as balizas, freios e contrapesos, também são – ou ao menos podem ser – previstos pelo sistema jurídico a ponto de fulminá-los como inválidos – independentemente do conteúdo axiológico.

Como conclusões preliminares, a partir de uma justificação positivista, podemos sustentar a defesa de uma função normativa para uma Administração

Pública mais flexível e dinâmica, como o é o sistema jurídico, partindo dos seguintes pontos:

a) as condutas da Administração Pública não estão condicionadas apenas à observância restrita das leis decorrentes dos processos legislativos, mas a todo arcabouço normativo que orienta o Estado, inclusive – mas não apenas – normas infralegais emanadas pela própria Administração, sendo possível recorrer a uma norma pressuposta (norma hipotética fundamental) para justificar sua atuação normativa válida se necessário, respeitando-se, por óbvio, o sistema jurídico posto, no qual se insere a Constituição;

b) os cidadãos vinculam-se a esse sistema jurídico unitário que exige a observância e cumprimento de normas infralegais, regulamentos, portarias, resoluções, dentre outros atos normativos da Administração Pública de conteúdo integrativo do sistema.

À toda evidência, não se quer defender a força normativa autônoma e sem limites ao Poder Executivo nesta pesquisa, mormente no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

O que acima expusemos e apresentamos como conclusões preliminares é a possibilidade de justificação dessa capacidade integrativa (ou poder normativo) do direito à luz da corrente positivista. De qualquer modo, tal poder normativo deve estar devidamente autorizado e reconhecido pelo sistema, o que inclui, por óbvio, a observância dos princípios positivados da ordem democrática.

Admitir que o Executivo estaria autorizado a exercer uma função normativa com plenos poderes, sem limitações, seria o mesmo que tornar o Legislativo peça irrelevante e absolutamente dispensável no Estado. Atentaria contra o ideal republicano, não se olvidando jamais que o Poder Executivo atual é também formado por agentes não eleitos e demanda freios e contrapesos para afastar abusos e o arbítrio já referido nos tópicos anteriores.

Não se está pregando uma dimensão de legalidade que justifique regimes autoritários, embora saibamos que a corrente positivista tenha, segundo muitos de seus críticos, como o já citado Carl Schimitt (2006), se prestado a tal papel.

Admite-se, pois, a possibilidade de o sistema jurídico contemplar atribuições

ao Poder Executivo para o exercício de funções normativas em favor de sua coerência, unidade e visada completude. Mais: em favor de sua qualidade, maior adesão e, por conseguinte, certeza e segurança, alcançando, desse modo, o próprio objeto da Teoria da Legislação de que nos ocuparemos adiante. Isto não significa qualquer ofensa ao princípio da legalidade, mas sua releitura ampliada e bastante distinta daquela apregoada pelo Estado liberal.

Limites, é claro, existem e sempre deverão existir. O controle sobre a atuação do Executivo é condição para se reconhecer a atribuição normativa. A ampliação da legalidade, partindo do direito como um todo e não apenas das leis formais, é a compreensão que se exige não apenas para o adequado exercício da administração, mas para a satisfação de direitos dos cidadãos e cumprimento de seus deveres em uma ordem positivada.

Nesse mesmo sentido, o Poder Executivo não estaria autorizado a fazer tudo o que a lei não proíba, partindo do conceito de princípio da legalidade próprio aos cidadãos.

A vinculação da Administração Pública, como dito, é mais ampla e, ao mesmo tempo, torna seus atos mais restritivos a ponto de caracterizar, com maior tranqüilidade, sua responsabilidade por omissão e aplicação incorreta de dispositivos legais manifestamente inconstitucionais[91]. Nesse contexto, o administrador não é mero executor da lei formal. Todos os seus atos, embora não precisem estar detalhados e sequencialmente descritos nos comandos normativos, hão de estar autorizados pelo sistema jurídico unitário. Ressalvados os casos de reserva de lei, a ação da Administração não está obrigatoriamente sujeita à preexistência de lei formal regulando todos os seus atos.

> "Estes (os atos da Administração) devem ser controlados com base no ordenamento jurídico como um todo, seja pelas regras ou pelos princípios constitucionais. A legitimidade dos atos da Administração decorre do sistema jurídico, de forma que, se o ato praticado estiver de acordo com a finalidade do sistema, pode ser válido mesmo sem a preexistência de uma lei formal disciplinando. É evidente, porem, que o ato não deverá violar outro dispositivo normativo."[92]

[91] Embora não seja o tema dessa dissertação, a defesa de que a Administração Pública não deve aplicar leis inconstitucionais é defendida pela doutrina moderna. Citem-se as obras de Gasparetto (2011) e Puccineli Junior (2007).
[92] GASPARETTO, 2011, p. 114.

Embora, em sentido amplo, a linha de interpretação do princípio da legalidade tenha um viés pós-positivista, sobre o qual falaremos adiante, há sempre a condição autorizativa do sistema positivado, já que esse mesmo sistema não poderia expressamente negar (proibir) a realização do ato pela Administração Pública[93].

Como bem ensina João Batista Gomes Moreira (2003), reportando-se a Kelsen (1998) e sua teoria escalonada de normas, não apenas a sentença, mas também o ato administrativo têm natureza normativa, só que de incidência concreta. Isto porque toda interpretação pode ser considerada criação do Direito[94].

Na esteira de seu raciocínio, na edição de regulamentos, estabelecendo critérios gerais de sua atuação, reafirmando a impessoalidade e a isonomia, a Administração agirá observando os critérios ou degraus criativos que o sistema jurídico concebe, sendo viável afirmar a possibilidade de edição, inclusive, de regulamentos autônomos, quando não haja reserva expressa de lei formal ou sua proibição.

À luz da teoria positivista, a despeito do nome que se prefira dar a esse alcance da legalidade (princípio da juridicidade, constitucionalidade ou legalidade *lato sensu* etc.), verificamos que:

a) A legalidade a que se vincula a Administração Pública e os cidadãos não exige lei formal, decorrente do processo legislativo, mas de norma que integre o sistema jurídico a partir de uma concepção positivista, podendo vincular-se diretamente a Constituição ou a atos infralegais;

b) Decretos, resoluções, portarias, dentre outros atos normativos decorrentes de uma função normativa do Poder Executivo, devem ser reconhecidos como válidos, dentro de um sistema jurídico que os reconheça como tal; ou seja: por meio de delegações expressas, autorizações do Poder Constituinte e atos que não exijam reserva de lei ou proíbam o exercício normativo pela Administração Pública. É de se admitir, portanto, o próprio exercício de uma função normativa autônoma ou

[93] Afasta-se dessa afirmação a idéia de normas postas inválidas. A idéia de uma lei inconstitucional restritiva é tema que não nos ocuparemos, mas que Gasparetto, citado no parágrafo anterior, defende o seu não cumprimento pela Administração Pública. O princípio da legalidade em sentido amplo daria guarida a essa postura do Poder Executivo.
[94] MOREIRA, 2003, p.78/79.

autorizada, vinculada aos comandos ou autorizações expressas da Constituição ou quando tal se possa deduzir implicitamente.

c) Os cidadãos não devem se valer do princípio da legalidade rígido para, inspirados apenas em um conteúdo metajurídico, não reconhecerem a função normativa do Executivo, apregoando a defesa da legalidade rígida em todos os casos. A validade das normas estará condicionada a um processo formal, o que, obviamente, pressupõe sua unidade e coerência com o sistema e a condição de eficácia.

4.2. A resposta possível do pós-positivismo

É possível justificar a concepção ampla de princípio da legalidade a partir de uma perspectiva pós-positivista. Embora não seja esse o propósito – e não temos a presunção de explorar as linhas do pensamento substancialista – não podemos ignorar a construção doutrinária que agasalha a ideia de legalidade ampla para a concretização de direitos fundamentais, autorizando ações do Poder Executivo sem amparo em lei expressa.

Note-se que o centro da discussão pós-positivista pode ser sintetizado pelo reconhecimento do Direito não apenas por meio de normas postas e o rigor lógico-dedutivo do aplicador, mas também pela afirmação de princípios a revelarem, ainda que de forma não expressa, um sistema jurídico aberto, observando-se o conteúdo axiológico acima do processo formal criativo do ordenamento.

A partir dessa visão, o princípio da legalidade admitiria o agir da Administração Pública, inclusive nos casos de omissão legislativa para a proteção e defesa de princípios e valores que compõem a realidade social. Mais: o Poder Executivo poderia recusar-se ao cumprimento de leis que, no seu juízo de interpretação, contrariassem os critérios de justiça, os valores denominados “democráticos”, ultrapassando o plano normativista positivista para a satisfação de um ideal de justiça.

A doutrina pós-positivista tem demonstrado bastante interesse pela defesa de uma função normativa aos Juízes, mesmo nos sistemas jurídicos de tradição

romano-germânicos. Para tanto, revisitam a teoria tripartite de Montesquieu (1996) e o contrato social de Rousseau (1996), demonstrando, por meio de uma lógica metajurídica, que a realização da justiça e a defesa de uma ordem democrática exigem o reconhecimento de um sistema jurídico aberto.

Segundo Dworkin (1999), o direito não seria esgotado por nenhum "catálogo de regras ou princípios". Teria, pelo contrário, abertura a ponto de definir-se pela atitude. Revela-se, pois, como um sistema aberto, jamais estanque ou imutável pela cartilha procedimental das normas postas.

> "O império do Direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. (...) É um atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna o cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (...) A atitude do Direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o Princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o Direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter."[95]

Nesse sentido, não se poderia ignorar que o direito pressupõe a existência de um ordenamento jurídico erigido sob os valores reconhecidos pela sociedade. Decorre de uma construção voltada para o conteúdo e não para a forma, partindo da realidade social e tendo como características ordenação, abertura, unidade e mobilidade[96]. A realidade o influencia, denotando sua constante dinâmica e necessária adaptação ao contexto de sua aplicação.

A defesa do princípio da legalidade em uma dimensão ampla, pós-positivista, passa a vincular o Administrador Público, no exercício de suas funções, não apenas à validade formal das normas esculpidas no ordenamento. O administrador está vinculado à sua validade material, que exige um juízo de interpretação e conformação do direito aos valores defendidos pela sociedade. Essa carga

[95] DWORKIN, 1999, p. 492.
[96] GASPARETTO, 2011, p. 119.

axiológica estaria expressa na Constituição, mas não apenas, revelando a sua sujeição ao império da justiça.

Essa visão de legalidade é defendida por Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994), Ministra do Supremo Tribunal Federal:

> "O 'império' da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o 'Império da Justiça', sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A 'legalidade' não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos."[97]

Observamos essa defesa na doutrina do Direito Administrativo moderno. Além de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1999), que o denomina como princípio da juridicidade, João Batista Gomes Moreira (2003) e Juarez Freitas (1999) exploram o conceito de princípio da constitucionalidade, tal como Diogo de Figueiredo Moreira Neto (ano) apresenta o princípio da legitimidade, dentre outros. Recorrendo a figura de um "arco-íris", Luciano Ferraz (2005) explica que o princípio da legalidade, no contexto atual, revela uma fusão dos princípios da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade etc[98].

Luiz Roberto Barroso (2007) ensina, ao escrever sobre as tendências do constitucionalismo moderno e seus reflexos sobre o direito administrativo, que o administrador público pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e, independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade teria transmudado em princípio da juridicidade, compreendendo a subordinação da Administração à Constituição e à lei.

---

[97] ROCHA, 1994, p.109.

[98] A propósito: "No âmbito do Direito Administrativo, o princípio da legalidade começa a ganhar colorido: o ordenamento jurídico-administrativo passa a angaria manifestações exógenas traduzidas em princípios, tais como moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, eficácia, amalgando substância e brilho, num verdadeiro arco-íris normativo." (FERRAZ, 2005, p. 2)

À toda evidência, a lição de Barroso (2007) sobre a tendência do constitucionalismo em que se mira é a mesma defendida por Carmem Lúcia (1994) e demais autores acima referidos. Não se vinculam aos rigores positivistas de validade formal das normas, mas admitem a construção normativa, seja pelo julgador, seja pelo Administrador Público, aos critérios materiais (substanciais), devendo ambos responderem à pergunta: esta lei é justa?

Leila Cuéllar (2011) também adota o conceito amplo de legalidade, defendendo que a vinculação da Administração é ao direito, portanto, à legalidade que denomina como material[99]. Já Lúcia Valle de Figueiredo (1998) é ainda mais precisa ao afirmar que o princípio "é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais"[100].

No exercício de sua função normativa, a Administração Pública deverá, a partir de uma corrente pós-positivista, atentar para o cumprimento dos rigores do processo formal de elaboração, mas com a sua subsunção às dimensões substantivas do conteúdo normativo para a maior efetivação dos valores apregoados pela razão humana.

Desse modo, o Poder Executivo terá respaldo ao realizar seus atos na afirmação dos valores defendidos pela sociedade. A Administração Pública deverá agir, a partir de uma legalidade ampla, para dar maior efetividade aos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem constitucional, dispensando leis formais expressamente autorizativas para todos os seus atos.

Válida a ponderação feita por Juarez Freitas (1999):

> "Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia relativa, assertiva que vale para os princípios

[99] CUÉLLAR, 2011, p. 39.
[100] FIGUEIREDO, 1998. p. 39-40.

gerais."[101]

Não são poucos os que sustentam os perigos para a segurança jurídica das teses substancialistas. Toda essa construção pós-positivista é extremamente louvável e enriquecedora, mormente se adentrássemos na corrente argumentativa do Direito. Robustece e – para não sermos injustos – amplia ainda mais a dimensão de princípio da legalidade no Estado contemporâneo.

Sem adentrar no mérito de quem está com a razão, tentando ocupar o papel de Hermes, defendemos o reconhecimento de uma função normativa do Poder Executivo que seja exercida de forma complementar, colaborativa, integrativa, devidamente autorizada pelo sistema jurídico, seja por meio de normas constitucionais, legais ou infralegais.

Resta clara a oposição que temos à concepção de outrora em relação ao princípio rígido da legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente poderia agir mediante prévia definição por lei formal, bem como, sob a óptica do cidadão, os atos normativos infralegais não poderiam definir obrigações ou regulamentar o exercício de seus direitos, jamais inovando na ordem jurídica.

Bastante provocante o ideal de justiça e a concepção de direito pós-positivista. A confiança de que o Poder Executivo poderia, tal como o Supremo Tribunal Federal tem entendido nos casos de omissão legislativa[102], aplicar o direito por princípios, dando o máximo de eficácia aos direitos fundamentais por meio de uma análise interpretativa criativa (integrativa) é, certamente, algo que fascina. Deve-se considerar, por outro lado, a sua faceta perigosa, relacionada à legitimação de atos arbitrários em nome de uma justiça duvidosa – ou em nome de quem lhes prestigia.

Andythias Matos (2009) aponta os perigos de defesa das teses materiais, já que se prestaram – essas sim – a legitimarem regimes jurídicos autoritários em contraposição a acusação – dita injusta – sofrida pelo positivismo jurídico:

---

[101] FREITAS, 1999, p. 60.

[102] Greve dos servidores públicos, casamento de homossexuais, aborto etc. Casos já citados nessa pesquisa.

> "Esse primeiro argumento epistemológico já bastaria para absolver o positivismo jurídico da acusação de legitimador de regimes jurídicos autoritários: seu acentuado formalismo não lhe permite tal façanha, ao contrário das teses materiais (substanciais-legitimadoras, no dizer de Dimoulis) que justificaram o nazismo, o fascismo e o stalinismo, que pretendendo superar o Estado de direito, ambicionavam criar um 'Estado de justiça' onde princípios jurídicos como o da anterioridade, o da irretroatividade das leis, o da tripartição das funções do poder e o da legalidade estrita seriam afastados pelos juízes, em nome dos 'ideais do povo', efetivando assim uma flexibilização do direito por meio da qual se confiaria grande poder discricionário aos julgadores, exatamente como querem os jusmoralistas dos dias de hoje."[103]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007) adverte, por sua vez, acerca de tendências doutrinárias que defendem o fim da supremacia da lei em favor da supremacia dos fins. Haveria, segundo o autor, a substituição da nomocracia pela telocracia.

> "'A supremacia dos fins' equivale a 'supremacia do fim revolucionária', princípio construído pelos juristas soviéticos, para explicar e justificar o arbítrio relativamente aos indivíduos. Consiste esse princípio em última análise em afirmar que os objetivos políticos têm de prevalecer em toda e qualquer situação. Assim, os tribunais não só podem como devem decidir contra a lei, se isso for necessário para o prevalecimento dos objetivos políticos. Em conseqüência disso, não há hierarquia das fontes de direito para o direito soviético.
>
> É patente que a supremacia dos fins implica a rejeição do regime constitucional pluralista e da filosofia que o inspira. Conduz a destruir a segurança individual, na medida em que ninguém poderá num dado momento saber como proceder para que amanhã não seja tido como criminoso. (...) Na verdade, só o pleno restabelecimento da supremacia da lei, mas da lei orientada para a Justiça, é que pode salvar essa civilização."[104]

A ideia de conceder liberdade à atuação do ao Poder Executivo, desvinculando-a do critério lógico-dedutivo formal do positivismo, mas vinculando-a ao conteúdo axiológico das normas que orientam um dado sistema jurídico, é algo que se recomenda extrema cautela.

---

[103] MATOS, 2009, p. 103-123.
[104] FERREIRA FILHO, 2007, p. 130

Preocupa-nos, a exemplo do que foi argumentado por Ferreira Filho (2007) e Andythias Matos (2006;2009), que o Administrador Público possa ter amplas digressões e esteja autorizado a ultrapassar os postulados da certeza e da segurança, justificando o cumprimento ou descumprimento de normas postas, inclusive as de estatura constitucional, conforme o ideário político que ocupe o Poder.

Diante dessas considerações, resta suficientemente demonstrado, seja por meio do pensamento positivista ou pós-positivista, que o cenário do Estado de Direito atual admite a ampliação do princípio da legalidade, traduzindo a possibilidade de o Poder Executivo exercer uma função normativa colaborativa, complementar, integrativa do sistema jurídico, sem que represente ofensa aos princípios republicanos e à ordem democrática (positivados ou não). Trata-se, assim, de uma exigência decorrente dos fenômenos empíricos sociais.

Ao se adotar qualquer das correntes teóricas, admite-se a compreensão de atividade administrativa afinada a uma legalidade de alcance amplo, justificada e sujeita a todo o sistema jurídico. Suas atribuições normativas decorrem obrigatoriamente desse sistema – não representam delegação ou abdicação de função legislativa, mas recurso necessário à realidade social que autoriza (reconhece) tal competência ao Poder Executivo para regulamentar com o alcance necessário casos que, ao Poder Legislativo, não é dado fazer.

5. PODER EXECUTIVO E SEUS ATOS NORMATIVOS

5.1. Normas e enunciados normativos

Importante relembrar o conceito genérico de Kelsen (1998), para quem a norma jurídica é o "sentido de um ato do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém"[105].

A norma traduz, pois, um dever-ser exteriorizado por um ato positivado de uma autoridade reconhecida. Será o sistema escalonado de normas que definirá o poder (ou autoridade) para a criação da norma inferior. A norma superior dá o respaldo de validade formal à norma inferior.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior (1999):

> "(...) a noção de norma em Kelsen tem como premissa a distinção entre as categorias do ser e do dever ser, que ele vai buscar no kantismo de sua época. A consciência humana, diz ele, vê as coisas como elas são (a mesa é redonda) ou como elas devem ser (a mesa deve ser redonda). Normas, nestes termos, são prescrições de dever ser. Elas conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. Assim, levantar o braço numa assembléia pode ter sentido descritivo (fulano levantou o braço) ou um sentido prescritivo (levantar o braço deve ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento."[106]

Como bem esclarece Alexandre Travessoni Gomes (2004), não devemos confundir o sentido subjetivo de um ato de vontade com o seu sentido objetivo para a compreensão do conceito kelseniano. Somente quando o ato traduz um um dever-ser (sentido subjetivo), emprestado por um sentido objetivo de uma norma superior, estamos diante de uma norma[107].

O exemplo comparativo entre o agente de finanças e o gangster, dado por Kelsen (1998), ilustra bem a concepção de norma. Ambos, gangster e agente de finanças, manifestam o ato de vontade (uma ordem) de que lhes sejam entregues determinadas somas de dinheiro. No entanto, apenas a ordem do servidor público é

---

[105] KELSEN, 1998, p. 5.
[106] FERRAZ JUNIOR, 1999, p. 16.
[107] GOMES, 2004, p. 201.

juridicamente válida e poderá ser considerada uma norma, pois se funda em uma lei fiscal[108].

O termo “norma” distingue-se, portanto, de enunciado normativo. Nem sempre a norma estará traduzida no enunciado normativo, com ele se identificando. Há casos que o texto não expressa necessariamente uma norma, podendo ser atacada sua validade.

Como bem nos ensina Humberto Ávila (2003), há casos de normas desvinculadas de dispositivos específicos expressos, enquanto há outros em que existe texto, mas não há norma que seja a ele reconduzida. Por fim, adverte existirem casos em que um mesmo enunciado revela mais de uma norma[109].

5.2. As diferenças conceituais entre lei e ato normativo do poder executivo[110]

Em termos dogmáticos, encontramos a distinção nos textos constitucionais e legislação infraconstitucional com o fito de classificar as espécies/tipos de instrumentos normativos, sua força cogente e autoridades das quais emanam, tendo ainda o respaldo da teoria da legislação.

As leis, como atos normativos que são, traduzem um conceito material e outro formal. Seabra Fagundes (2006), citado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007), defende como características das leis a generalidade e a modificação da ordem jurídica preexistente. Oswaldo Aranha ressalta, todavia, que tal modificação há de ser sempre original, primária, absoluta[111].

> “Como regra coercitiva, tem a lei força estável e predominante e comando superior. Como regra geral, aplica-se a todos os que estão nas condições previstas pelo texto escrito. Como regra abstrata, é suscetível de aplicação a todos os casos

[108] KELSEN, 1998, p. 8.
[109] ÁVILA, 2003, p. 22.
[110] Embora o objeto dessa dissertação seja o estudo dos limites da função normativa do Poder Executivo, não nos esqueçamos de que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também exercem funções nitidamente regulamentares para disciplinar o seu funcionamento administrativo interno. Tratam-se, pois, de atos normativos administrativos não editados pelo Executivo e tampouco se enquadram como lei em sentido formal.
[111] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 262.

> iguais, que poderão apresentar-se de futuro. Como regra impessoal, tem concernência indistinta, indeterminada, sem prévia individualização em dada hipótese. Como regra originária inovadora, superpõe-se a todas as regras jurídicas anteriores dentro do âmbito de sua força jurídica, respeitados os textos constitucionais."[112]

Como visto, Seabra Fagundes (2006) e Oswaldo Aranha (2007) apresentam conceitos descritivos das características do ato por meio de um sentido material. Em seu sentido formal, por sua vez, vincula-se a lei ao órgão autor (emissor) – aquele ao qual compete a função criativa, observado o procedimento definido pelo direito positivo.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007) adverte que mesmo Kelsen (1998), apesar de sua concepção lógico-formal do Direito, atribui à lei um sentido material, na medida em que lhe define um caráter imperativo jurídico, geral, abstrato e impessoal, definindo-a como o primeiro degrau da hierarquia decrescente das regras jurídicas, depois da Constituição (que é norma de execução imediata), sem atenção ao órgão que a decreta[113], mas que esteja devidamente autorizado pelo sistema jurídico a editá-la.

José Afonso da Silva (2006) esclarece que se trata de um ato de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, visando certeza, precisão e garantia às relações jurídicas. Sob o aspecto formal, "é o ato jurídico votado pelo Congresso, pelo Parlamento, abstração feita do seu conteúdo"[114].

Definimos como lei o ato normativo complexo, decorrente de procedimento formal perante o Poder Legislativo competente, que inove na ordem jurídica, com conteúdo abstrato, geral e imperativo.

Nesse sentido, como se verifica, não se enquadram como leis os atos normativos decorrentes do Poder Executivo[115]. É bem verdade que existirão atos com conteúdo e efeitos similares aos das leis em sentido formal, como ocorrem nos

---

[112] Ibid, p. 264.
[113] Ibid., p. 256.
[114] SILVA, 2006, p. 26.
[115] Ressalva feita às denominadas Leis Delegadas que trataremos adiante.

casos dos regulamentos autônomos e medidas provisórias[116].

A esse respeito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007) já alertava sobre a existência de atos normativos do Executivo que, editando originariamente regras jurídicas gerais, abstratas e impessoais, deveriam ser qualificados propriamente como lei em sentido material:

> "Esses regulamentos, porém, são verdadeiras leis, e como tal devem ser considerados. Conservam a denominação regulamentos porque emanados pelo Poder Executivo. Por conseguinte, em virtude de critério orgânico-formal, que também faz se denominem lei vários atos do Poder Legislativo, porque emanados por ele. Mas, se estes atos, sob o ponto de vista do seu conteúdo formal, isto é, segundo o sentido jurídico-material, quando ao conteúdo formal, se não consideram lei, aqueles regulamentos, ao contrário, merecem tal qualificativo."[117]

A definição que apresentamos tem caráter misto. Nos parece ter sido essa a opção feita pelo legislador constituinte brasileiro, assim como pela maioria dos sistemas jurídicos de tradição romano-germana que defendem a separação das funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Os atributos (ou características) da lei são facilmente explicáveis. É geral, porque não faz restrições casuísticas a determinada pessoa ou grupo, e os destinatários dos comandos legais são todos aqueles que se enquadrem na hipótese definida. É abstrata, porque se aplica indistintamente a todos os casos que se enquadrem na hipótese legal, seja para o futuro ou para o passado (nos casos admitidos de retroatividade pelo sistema jurídico). É inovadora, pois seus comandos representam modificação do sistema vigente, mediante a definição de direitos ou obrigações e regulando relações relevantes juridicamente. É imperativa, porque produz efeitos, tornando-se obrigatória a ponto de a ninguém ser dado alegar seu desconhecimento como postulado do Estado de Direito. Por fim, caracteriza-se como ato complexo, já que decorre de procedimento formal de atos decisórios

[116] No Brasil, as leis delegadas são editadas, sancionadas e promulgadas pelo Poder Executivo. Não obstante, são objeto de prévia delegação do Poder Legislativo, aprovada por Resolução, mediante procedimento especial. Desse modo, não se distanciam do conceito de lei que acima apresentamos sob o seu aspecto formal, já que exigem procedimento formal prévio perante aquele poder e, em determinados casos, a aprovação do projeto antes da sanção. Falaremos adiante a respeito.
[117] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 264.

sucessivos por meio de diferentes representantes do titular do poder estatal, sob a observância do contraditório e de regras postas necessárias ao seu desenvolvimento válido e regular.

A partir dos princípios orientadores da Legística[118], a lei deve ser breve, clara, inteligível, evitando termos desnecessários e vocábulo de difícil compreensão. Não deve descer a minúcias e tampouco ocupar-se de regras próprias à sua execução, sob pena, inclusive, de usurpação de competência que cabe ao Poder Executivo.

A lei estabelece as condutas, interesses e relações sociais, direitos e obrigações, por meio de linhas gerais e fundamentais, exteriorizando o bastante da norma (dever-ser) para que se permita a adequada integração racional consoante os fenômenos empíricos sociais, revolvendo a concepção kelseniana de que o sistema jurídico é dinâmico. Os pormenores, objetos momentâneos e variáveis, tal como especificidades técnicas e detalhes próprios de sua execução e para a maior eficácia, caberão à sua posterior regulamentação[119].

De modo diverso é a leitura acerca dos atos normativos próprios do Poder Executivo. Aqueles editados no exercício de capacidade normativa do Poder Executivo.

Não decorrem de processo legislativo, mas de procedimento próprio, no âmbito da Administração Pública. São atos gerais, abstratos e obrigatórios, distinguindo-se em virtude de seus dois primeiros atributos dos denominados atos administrativos em sentido estrito. Por óbvio, não nos referimos para esta definição às Leis Delegadas e medidas provisórias do sistema jurídico brasileiro, que revelam uma legislação consentida (no primeiro caso) ou permitida (no último), editada pelo Poder Executivo[120].

Esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007) que os atos normativos do Poder Executivo são atos administrativos que estabelecem regras jurídicas, gerais e permanentes, identificando-se por seu conteúdo com as leis, mas delas se distanciando pela autoridade que os edita[121].

---

[118] Daremos ênfase a Teoria da Legislação e ao instrumental da Legística nos capítulos seguintes.
[119] SILVA, 2006, p. 34.
[120] Os termos legislação permitida e legislação consentida atribuídos respectivamente às leis delegadas e medidas provisórias são utilizados por FERREIRA FILHO (2007),
[121] Idem, p. 160.

Nesta pesquisa, aplicamos aos atos normativos do Executivo o mesmo sentido de generalidade e abstração utilizados acima para as leis.

Partimos das lições de Bobbio (2008), para quem gerais serão as normas destinadas à universalidade das pessoas, enquanto abstratas, aquelas que se dirigem à universalidade de ações concretas que se enquadrem no caso abstrato definido pelo ato normativo.

O ato normativo a que nos referimos contrapõe-se ao ato administrativo em sentido estrito, aquele que se dirige a um destinatário específico e a um caso concreto, remetendo-nos a ideia de norma singular, comando concreto e individual. Trata-se da dicotomia melhor esclarecida por Bobbio (2008) nos seguintes termos: “Normas gerais e comandos. Normas abstratas e ordens”[122].

Não nos olvidamos aqui de países que admitem uma função legislativa ao Executivo, como ocorre na Itália, Portugal, França, Reino Unido, Espanha, Estados Unidos, e, como veremos com as reservas feitas adiante, o próprio Brasil (leis delegadas etc.).

Como assinala Marcelo Figueiredo (2005), a exceção dos Estados Unidos, os demais países admitem em seus respectivos textos constitucionais, o exercício de função legislativa pelo Executivo. No caso dos Estados Unidos, país que possui uma Constituição sintética, admite-se o exercício por delegação do Legislativo com delimitações materiais e objetivas para o Poder Executivo[123].

As *regulatory comissions* dos Estados Unidos da América ilustram bem a clássica delegação de competência normativa do Legislativo para o Executivo. Já que às referidas comissões é atribuída capacidade normativa para editar atos regulamentares necessários ao exercício de atividades econômicas etc.[124]

A doutrina administrativista conservadora atribui como principal traço distintivo da função normativa exercida pelo Executivo em relação àquela reconhecida ao Poder Legislativo o fato de que a primeira não teria o atributo da novidade. Em

---

[122] BOBBIO, 2008, p. 181.
[123] Sobre a matéria, recomenda-se a leitura de FIGUEIREDO (2005. p. 106-112).
[124] Como bem ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a delegação legislativa nos Estados Unidos não é feita apenas ao Chefe do Executivo. As *regulatory comissions* constituem outro claro exemplo. Segundo sua pesquisa, foram criadas para aplicar e fiscalizar a aplicação de certas leis, mas tambem possuem capacidade para editar regras. São exemplos as de tráfego ferroviário, transações na bolsa etc. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 166).

outras palavras, o Poder Executivo não teria autoridade para editar atos que inovem (originariamente) na ordem jurídica.

Essa é a lição de Seabra Fagundes (2006), para quem os regulamentos do Poder Executivo não alteram a situação jurídica anterior, mas apenas pormenorizam as condições originárias decorrentes do ato legal, sob pena de o Executivo usurpar competência do Legislativo[125].

Leila Cuéllar (2001) explica que o exercício dessa capacidade normativa pela Administração Pública tem natureza vinculada e sempre subordinada à lei. Sustenta que não basta somente reproduzir analiticamente seu conteúdo, mas, sim, complementá-la e dar a ela o seu alcance ideal, segundo seu espírito e conteúdo em todos os aspectos que a lei (expressa ou implicitamente) atribua à sua ulterior regulamentação dispor[126].

A evolução do mundo da vida e dos modelos de Estado, já alhures ressaltados, além de propiciarem a ampliação do princípio da legalidade, fez com que a capacidade normativa do Poder Executivo fosse paulatinamente ampliada e reconhecida como válida. Seja sob o aspecto formal ou mesmo material, a depender da corrente doutrinária que se adira[127].

Os fundamentos jurídicos para o exercício dessa atribuição normativa do Poder Executivo estão consignados, ainda que de forma implícita, nas disposições de leis ou da própria Constituição como ato corolário (necessário) a atividade administrativa.

Ao compartilhar desse entendimento, Diógenes Gasparini (2007) afirma que tal atribuição (normativa) é originária, referindo-se ao Chefe do Executivo e aos atos normativos necessários à regulamentação das leis ou mesmo àqueles editados de forma autônoma (nos países que os admitem)[128]. Independe tal atribuição de previsão expressa na lei ou na Constituição, já que inerente à função do Poder Executivo[129]. O autor ainda alerta que o reconhecimento implícito dessa função ao

---

[125] FAGUNDES,2006, p. 39.
[126] CUÉLLAR, 2001, p. 43.
[127] Sobre as justificativas para a ampliação do sentido de princípio da legalidade e do poder normativo do Poder Executivo já dissertamos longamente nos capítulos anteriores, pelo que remetemos à sua leitura.
[128] GASPARINI, 2007, p. 123.
[129] Do ponto de vista da técnica legislativa, afinados aos princípios da Legística formal, a previsão de regulamentação pelo Poder Executivo é necessária para maior clareza e compreensão dos

Executivo ocorre quando há reserva da matéria em favor daquele Poder pela Constituição, sem, contudo, lhe atribuir expressamente a capacidade normativa[130].

Desse modo, para maior clareza, impõe-se a classificação doutrinária[131] em atos normativos originários e atos normativos derivados.

Os atos normativos originários são aqueles que não decorrem de um comando legal autorizativo, mas vinculam-se à própria Constituição. Segundo Floriano Azevedo Marques Neto (2012), nesses casos há o típico regulamento autônomo, ficando inclusive "interditada a capacidade do legislador" para dispor sobre a matéria. A Constituição definirá, então, o objeto da regulamentação e os seus limites[132]. Logo, desde que dispense lei formal autorizativa, estando pois respaldado em comandos constitucionais, o Executivo poderá dispor sobre matéria de forma originária e autônoma na ordem infraconstitucional.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007) é ainda mais incisivo, denominando os regulamentos autônomos ou independentes como verdadeiras leis, sendo chamados como regulamentos única e exclusivamente em virtude do aspecto orgânico-formal por terem sido editados pelo Poder Executivo. Seu conteúdo material, segundo o autor, não traduziria o desenvolvimento de leis originariamente editadas. Seriam, em sua visão, reminiscências dos regimes autocráticos[133].

Sua afirmativa é apenas parcialmente verdadeira, já que se verifica, ao longo da história, um resgate progressivo da capacidade do Poder Executivo para o exercício dessa função normativa autônoma em textos constitucionais de regimes democráticos (constituições escritas e rígidas). Isto se deve, sobretudo, a fenômenos empíricos sociais que o exige. Se, um dia, tais normas foram reminiscências de regimes autocráticos, autoritários etc., hoje passam a ter uma

---

destinatários da lei (inclusive da Administração Pública), afastando assim a judicialização sob pretensa violação a separação de poderes. Nesse sentido, parece-nos que a Lei Complementar nº 95/98 (Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona), artigo 3º, inciso III, dispõe como parte final (básica) de qualquer texto legal que contemple normas de conteúdo substantivo, as disposições pertinentes às medidas necessárias para sua implementação. A nosso sentir, uma dessas medidas, em muitos casos, será a ulterior regulamentação pelo Poder Executivo.

[130] GASPARINI, op.cit., p. 126.

[131] Essa classificação para atos normativos é adotada por Miguel Reale (1980), Floriano de Azevedo Marques Neto (2012), dentre outros.

[132] MARQUES NETO, 2012, in FIGUEIREDO, 2012, p. 227.

[133] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p.359-360.

forte legitimação axiológica para a concretização de garantias previstas no Estado materialmente democrático.

Os atos normativos autônomos do Executivo caracterizam-se, desse modo, por sua total desvinculação de lei infraconstitucional para que sejam editados e produzam todos os seus efeitos. A depender do sistema jurídico, é de se admitir que a competência para editá-los decorra de dispositivos expressos da Constituição ou, ainda, consoante Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007), "de costume constitucional ou construção do texto constitucional"[134].

Essa ideia de vinculação direta à Constituição não nos parece ofender o rigor formal de Kelsen (1998). Isto porque a norma superior positivada a validar o exercício dessa função normativa inferior é a própria Constituição, e, nesse sentido, o regulamento autônomo assemelha-se (para não dizer que se identifica como tal) à lei em sentido material.

Os atos normativos originários (considerados aqui como regulamentos autônomos ou independentes), podem, como se vê a seguir, ser subdivididos em orgânicos, regimentais e policiais[135].

Os regulamentos orgânicos prestam-se a regular a organização da Administração Pública, assim entendidas suas repartições, departamentos etc. Trata-se de um ato com efeitos internos na estrutura administrativa, estabelecendo direitos e deveres de agentes públicos no exercício de suas atribuições.

Os regulamentos regimentais, também de efeitos internos, estabelecem, por meio de dispositivos simples, a forma de execução de serviços públicos e os modos de fruição (utilização) desses serviços pelos interessados. Há quem sustente que tais regras (ou instruções) não devem ser consideradas como normas jurídicas. Todavia, considerando seus efeitos cogentes a definir a forma de acesso a serviços públicos, bem como os modos de atuação de servidores, ainda que de maneira simples, o seu conteúdo material tem relevância para a ordem jurídica, cumprindo

---

[134] Ibid., p. 359. Válido transcrever o posicionamento do autor: "São, realmente, sancionados e promulgados em virtude de competência constitucional expressa, ou de costume constitucional ou, ainda, de construção do texto constitucional, que confere ao Poder Executivo a faculdade de legislar, isoladamente, sem a participação do Poder Legislativo, e competência alheia a qualquer lei ordinária da qual seja complemento."

[135] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 360. A terminologia e classificação ora adotada tem como inspiração a lição do eminente administrativista.

atribuir-lhes o status normativo. Basta dizer, por exemplo, que o seu descumprimento poderá ensejar procedimentos administrativos disciplinares, óbice a efetiva prestação estatal em favor de um interessado, sanções etc.

Já os regulamentos policiais "enfeixam regras jurídicas para manter a ordem do Estado-sociedade e, assim, preservar a segurança e a salubridade pública, a liberdade e a propriedade dos indivíduos"[136]. O seu descumprimento poderá ensejar a aplicação de sanções, restrições ao exercício de direitos etc.

Acerca exatamente desse último tipo de regulamento, mormente quando decorrente de função normativa autônoma, reside a maioria das discussões sobre o alcance da capacidade do Poder Executivo, princípio da legalidade e separação dos poderes etc.

Os atos normativos derivados são aqueles que, em regra, consoante a doutrina administrativista conservadora, já citada acima, não inovam originariamente na ordem jurídica. A sua compreensão é salutar à vista da concepção que se pretende defender de princípio da legalidade.

A sua edição, no âmbito do Poder Executivo, decorre de ato não apenas de seu Chefe (Presidente, Governador ou Prefeito), mas de outros órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, quando atribuídos de capacidade normativa. Diferem-se, portanto, dos atos normativos autônomos por sua vinculação necessária à um comando legal autorizativo (infraconstitucional) e delimitador de seu objeto e limites, ainda que de forma implícita, admitindo-se a sua integração (regulamentos autorizados ou delegados) e/ou para fiel execução.

Há uma relação de dependência do ato normativo derivado em relação a lei que o precede. Manifesta-se tal dependência até mesmo no fato de que, uma vez revogada a lei ou parte de seus dispositivos, o regulamento não poderá persistir no mundo jurídico tal como anteriormente editado, perdendo no todo ou nas partes afetadas os seus efeitos.

Os atos normativos derivados subdividem-se em: a) regulamentos delegados ou autorizados; e b) regulamentos executivos;

Os regulamentos delegados ou autorizados são precedidos de uma lei de

[136] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 361.

habilitação[137] que define seu conteúdo e limites. É autorizada ao Poder Executivo o exercício de uma função normativa pelo Poder Legislativo acerca de matéria que não está reservada à lei formal.

Importante a distinção entre a delegação legislativa e os regulamentos delegados. No primeiro caso, o Legislativo abdica (desde que autorizado constitucionalmente) do exercício de uma função que lhe compete, delegando-a ao Executivo – há verdadeira delegação da função legislativa. No segundo, ou seja, nos regulamentos delegados[138] ou autorizados, o Executivo deverá exercer sua contribuição ao sistema jurídico, na conformidade, nos termos e nos limites autorizados pela norma jurídica posta pelo Poder Legislativo.

Marçal Justen Filho (2002) defende que aludido princípio impõe que a lei formal previamente defina o espaço em branco a ser completado pela norma do Executivo[139]. As hipóteses e o núcleo do mandamento normativo deverão ser obrigatoriamente previstos pelo legislador.

Os regulamentos contigentes, nome dado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007), que também poderiam ser enquadrados na categoria de regulamentos delegados, referem-se às delegações feitas pelo Legislativo ao Executivo para editar atos normativos secundários, que disponham sobre as hipóteses, condições e fatos, com maior riqueza de detalhes, para o enquadramento nos conceitos legais gerais e abstratos. Aludidos regulamentos não são privativos do Chefe do Executivo, podendo ser definida tal atribuição pela lei a entidades integrantes da Administração Pública.

Sobre esse tipo de regulamento, podemos considerar os inúmeros atos normativos editados no âmbito dos Conselhos Deliberativos de Meio Ambiente no Brasil, em níveis nacional, estadual e municipal. Aludidos órgãos, integrantes da estrutura do Poder Executivo, possuem atribuição normativa para estabelecer, por meio de Resoluções ou Deliberações Normativas, quais as atividades passíveis de licenciamento ambiental, definindo o porte e potencial poluidor sujeito a obrigação

[137] A expressão “leis de habilitação” é utilizada por BANDEIRA DE MELO (2007, p. 363).
[138] Eros Roberto Grau adverte com propriedade que o termo regulamentos delegados é impróprio. Uma vez que a função regulamentar é originária do Poder Executivo, ao legislativo não cabe delegá-la, mas apenas autorizá-la. Desse modo, o único termo correto para esse tipo de ato normativo é regulamento autorizado.
[139] JUSTEN FILHO, 2002, p. 523.

em tela. As leis formais definem, por sua vez, a competência de aludidos conselhos e o instituto jurídico do licenciamento ambiental para a implantação e operação de atividades.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007), por sua vez, exemplifica com inúmeros outros casos, tais como a ordenação urbanística de ruas passíveis de uso residencial e industrial, o preenchimento de normas penais em branco, a definição dos tipos de entorpecentes que não são passíveis de venda sem receita médica etc.[140]

O temor acerca das delegações (autorizações) feitas pelo legislador ao Executivo consiste na possibilidade de ocorrerem desvios ou imprópria e nefasta delegação da função ou poder de legislar. Em tal hipótese, haveria a ofensa ao princípio da separação dos poderes e ao princípio republicano de representação política.

O alerta é sinalizado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007), indicando que a maior evidência da delegação da função de legislar ocorre quando o Poder Executivo é investido de funções para inovar originariamente na ordem jurídica – o que antes deveria ser simplesmente um regulamento para fiel execução de uma norma legal. Haveria, então, um alargamento da função regulamentar à vista da total (mas intencional) imprecisão da lei, de conteúdo extremamente restrito.

Por fim, os regulamentos executivos prestam-se apenas a dispor sobre regras orgânicas e procedimentais, visando a aplicação e operacionalização pela Administração Pública da letra legal para sua fiel execução. São regras técnicas, voltadas à verificação de peculiaridades e circunstâncias temporais, locacionais etc., que têm como finalidade, na lição de Leila Cuéllar (2001), explicitar a lei, estabelecendo o "aparelhamento dos meios concretos para a sua execução" e referindo-se à "edição de norma jurídica para a organização e estruturação administrativa para a execução da lei"[141].

Assim, os atos normativos derivados caracterizam-se como atos secundários, contrapondo-se à ideia de que os atos primários não dependem de norma legal infraconstitucional anterior, mas vinculam-se diretamente à Constituição. Em regra,

[140] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 367.
[141] CUÉLLAR, 2001, p. 46.

dependem de lei formal autorizativa, constituindo-se como normas jurídicas subordinadas a um comando legal (infraconstitucional). De qualquer modo, isso não retira, em determinados casos, como veremos, a capacidade normativa do Poder Executivo para estabelecer primariamente normas regulamentares.

O breve quadro conceitual que distingue leis de atos normativos do Poder Executivo permite-nos o delineamento das hipóteses genéricas que a doutrina administrativista admite o franqueamento (ou reconhecimento) de uma função normativa pela Administração Pública.

O sistema jurídico poderá admitir que o Executivo detenha competência para a edição de atos normativos abstratos e gerais que sejam integrativos. Como se verifica, a própria aceitação dessa vinculação da ordem jurídica não apenas à lei formal, mas também a atos infralegais, e, diretamente, à Constituição, tanto pelos administrados, como pela Administração Pública, não deixa dúvida da necessária observância ou apreensão de um princípio da legalidade em sentido amplo. Isto não retira ou afasta a cautela e a necessidade de controle no exercício dessa função normativa.

Para a conclusão deste item, podemos sintetizar que os atos normativos do Executivo poderão surgir nas seguintes hipóteses:

a) A partir de expressa determinação da Constituição ao Poder Executivo para regulamentar determinadas matérias, ou mesmo que não o faça expressamente, quando decorrerem implicitamente de matéria inerente ao exercício da Administração Pública. Sua atuação normativa visará, então, executar os comandos constitucionais e legais e conferir-lhes maior eficácia, bem como promover a sua organização e funcionamento internos.

b) Quando a lei infraconstitucional delega (autoriza) expressamente o exercício dessa função normativa, desde que a ordem constitucional o admita, traçando o conteúdo e limites dessa delegação (autorização) para órgãos ou entidades da Administração.

c) Diante da necessidade de complementação do texto legal por meio de termos técnicos, definição de condições e fatos pormenorizados, recorrendo o Legislador ao Executivo para fazê-lo de forma expressa ou implícita, mas que se possa deduzir logicamente dessa contingência legal.

d) A última e mais polêmica hipótese, trata-se do fenômeno da "deslegificação"[142], revelando uma abdicação voluntária da função legislativa, mas inexistindo delegação legislativa expressa ou que se possa deduzir implicitamente. O Poder Executivo, portanto, diante da omissão do legislador e necessidade (urgência) de regulamentar a matéria, o faz por meio de normas infralegais (não nos referimos a medidas provisórias) visando a integração, ainda que momentânea, do sistema jurídico para a solução dos conflitos. O caso mostra-se ainda mais polêmico quando tal omissão caracteriza-se como inconstitucional e se está diante da necessária tutela de direitos fundamentais.

As hipóteses reconhecidas e admitidas pelo sistema jurídico brasileiro, bem como os limites, balizas e necessários sopesamentos a serem considerados no exercício dessa função normativa pelo Poder Executivo, serão defendidos nos próximos tópicos.

5.3 A atuação normativa reconhecida pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional no Brasil[143]

Como vimos, a capacidade normativa do Poder Executivo é reconhecida em diversos sistemas jurídicos, sendo instituída por meio de norma constitucional e/ou legislação infraconstitucional. Há, inclusive, farta doutrina sobre o assunto, vacilando ora entre a aplicação rígida de um princípio da legalidade e da separação dos poderes, ora na ampliação e conformação desses princípios à realidade do mundo da vida.

No sistema jurídico brasileiro, não é diferente: identificamos a presença dessa capacidade normativa por meio do exercício de uma função legislativa imprópria e do poder regulamentar, como veremos nos tópicos seguintes.

---

[142] Termo utilizado por Floriano de Azevedo Marques Neto in FIGUEIREDO (org), 2012, p. 221-236.

[143] Adotaremos em regra a capacidade normativa atribuída ao Poder Executivo da União. Em determinados casos, com ressalva e menção expressa, falaremos dos Executivos estaduais e municipais.

5.3.1. A atividade legislativa imprópria (ou não preponderante) do Executivo e sua participação no processo legislativo formal

Concentremos-nos inicialmente nessa prefalada atividade legislativa exercida pelo Poder Executivo. Aqui, referimo-nos não apenas aos atos legais (leis delegadas), mas ainda àqueles definidos pela Constituição como dotados de "força de lei", quais sejam as medidas provisórias[144].

As leis delegadas estão previstas no artigo 68 da Constituição da República de 1988. Por rigor constitucional, não podem ser objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional (CR/88, artigo 49), os de competência privativa da Câmara dos Deputados (CR/88, artigo 51) e os de competência privativa do Senado Federal (CR/88, artigo 52).

Da mesma forma, a legislação delegada não poderá versar sobre: a) matéria reservada à lei complementar; b) a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público (inclusive a carreira e a garantia de seus membros); c) nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; e d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. Todas essas matérias estão expressamente elencadas no artigo 68 da Constituição da República de 1988.

Como bem ensina José Afonso da Silva (2006), trata-se da face passiva da delegação legislativa, que se fará por meio de resolução, especificando o seu conteúdo e os termos de seu exercício[145].

É de se notar que a Resolução em tela, apesar de caracterizar-se como ato legislativo exclusivamente sob o critério orgânico-formal, corresponde a um ato administrativo por excelência. Afinal, decorre de um procedimento no Congresso Nacional, sendo precedida de parecer que avaliará o seu conteúdo e limites a serem delegados ao Chefe do Executivo.

A matéria é regulamentada pelo Regimento Comum do Congresso Nacional

---

[144] Como bem adverte Celso Antonio Bandeira de Mello, seria um erro gravíssimo a análise das medidas provisórias como se fossem leis do Executivo, atribuindo-lhes regime jurídico ou possibilidades normatizadoras similares às das leis. (2003, p. 119-120) A nossa consideração como atividade legislativa imprópria não traduz, à toda evidência, a equiparação entre lei e medidas provisórias, mas sim conferir-lhe traço distintivo dos demais atos normativos editados pelo Executivo no exercício de seu poder regulamentar, conforme será trabalhado no texto.

[145] SILVA, 2006, p. 321.

nos artigos 116 a 127[146]. O ato é provocado por solicitação do Presidente da República, não admitindo iniciativa de membro do próprio Congresso[147].

O seu procedimento deve ser célere, sendo a solicitação de delegação encaminhada ao Presidente do Senado para que, no exercício de suas atribuições, convoque sessão conjunta das Casas legislativas. É designada comissão mista para que emita parecer e, na seqüência, o projeto de resolução retorne a plenário em sessão conjunta para discussão.

Nos casos de propostas de emendas, o projeto retornará novamente à comissão mista para que, sobre as mesmas, emita parecer. Observado o prazo regimental, publicação e distribuição de avulsos do parecer, o projeto seguirá para votação em sessão conjunta.

Conforme dispõe a Constituição da República de 1988 e o próprio Regimento Comum do Congresso Nacional, as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República e irão direto à promulgação em prazo não superior de 45 (quarenta e cinco) dias, salvo se a resolução do Congresso Nacional houver determinado a votação do projeto pelo Plenário.

Nesta última hipótese, após a elaboração do projeto pelo Presidente, esse o remeterá, no mesmo prazo não superior a 45 (quarenta e cinco) dias, novamente ao Congresso Nacional para a sua apreciação. O projeto deverá ser votado em globo, admitindo-se a votação com destaque das partes consideradas em desacordo com a delegação, nos termos do regimento. Não serão admitidas emendas, e a votação será única[148].

Como se verifica, mesmo na hipótese da Lei Delegada, a rigor, o Poder Legislativo ainda preserva, em certa medida, o controle sobre o ato normativo legal editado pelo Presidente da República. Poderá, inclusive, sustar os seus efeitos por meio de Decreto Legislativo (CR/88, artigo 59, inciso VI), caso verifique ter sido ultrapassado o conteúdo ou os limites da delegação[149], exercendo um controle

---

[146] Regimento Comum do Congresso Nacional aprovado por Resolução do Congresso Nacional, conforme última alteração publicada no Diário Oficial da União de 01.02.2011, Seção 1, página 1.
[147] Antes da Constituição de 1988, admitia-se a proposta de delegação legislativa por Líder de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.
[148] Recomenda-se a leitura do Regimento Comum do Congresso Nacional, artigos 116 a 127 para maior compreensão dos detalhes do procedimento.
[149] É o que dispõe a Constituição da República de 1988, artigo 49, inciso V, bem como os Regimentos internos das respectivas casas legislativas do Congresso.

repressivo de constitucionalidade, legalidade e juridicidade do ato[150].

As leis delegadas não seriam leis formais, já que não decorrem do Poder Legislativo, mas apenas leis em sentido material[151]. Não obstante, por seu conteúdo ter valor de lei, podem, nos limites da delegação, revogar, ab-rogar, derrogar textos legais ou simplesmente modificá-los, e, da mesma forma, só poderão ser revogadas ou alteradas por outra lei, ressalvada, ainda, a hipótese de sustação de seus efeitos por Decreto Legislativo ou nos demais casos previstos pela ordem constitucional de controle de sua constitucionalidade.[152]

A lei delegada não é, dentre os atos normativos atribuídos ao Poder Executivo, o objeto de maior polêmica no cenário brasileiro, mas, sim, as denominadas “medidas provisórias”.

Isto porque, tratando-se de legislação consentida pelo legislador constituinte, o excessivo número de atos sob essa qualificação (e estatura com força de lei) tem motivado calorosos debates e reprimendas. A nosso sentir, sua importância no sistema jurídico nacional é ressaltada diariamente pelos fenômenos empíricos que motivam o seu processo elaborativo.

Trata-se de corolário lógico, senão imperativo, para o funcionamento da máquina estatal ante a ineficiência do Legislativo, não por culpa exclusiva dos mandatários, mas do próprio procedimento ao qual devem obediência.

Isto não significa que o titular do Poder Executivo estaria autorizado a governar amparado pelas medidas provisórias. Na verdade, há o inequívoco reconhecimento do legislador constituinte de que o Estado e as necessidades de seus cidadãos exigem, em determinados e excepcionais casos, a mitigação ou o abrandamento do rigor formal imposto pelo processo legislativo em favor de um ato com força de lei – precário, é verdade – para a edição de enunciados normativos urgentes, sem os quais a própria governabilidade poderia restar comprometida e

---

[150] Sem adentrar no mérito da natureza do controle exercido pelo Legislativo, o fato é que os fundamentos para tal controle residem justamente no princípio da separação dos poderes, esculpido na Constituição e na validade formal da norma jurídica, à luz da teoria Kelseniana. Note-se que o Decreto Legislativo, um ato por excelência administrativo, susta os efeitos de uma Lei. A teoria Kelseniana o explica muito bem através do critério de validade formal.

[151] SILVA in FIGUEIREDO (org.), 2012, p. 240.

[152] BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 311. O autor comenta sobre o tema ao falar sobre as “ordenanças delegadas”, identificando-as como os Decretos-Leis baixados pelo Executivo em virtude de poderes atribuídos pelo Legislativo. Tais institutos são similares, por sua natureza, às Leis Delegadas.

naufragar no colapso da ineficiência.

Encaixa-se como uma luva a abordagem kelseniana para justificar a edição desses atos pelo Poder Executivo, impondo-se a observância de sua validade pelo critério lógico-formal, sem imiscuir-se pela via axiológica.

Não ignoramos a necessária obediência às condições e limites traçados pela Constituição, norma superior autorizadora, tampouco a obediência aos princípios naquela positivados, igualmente reconhecidos como normas. O que não se pode compartilhar é da crítica, do apedrejamento indiscriminado e de um verdadeiro bombardeio doutrinário ao instrumento no contexto atual.

Chega-se a afirmar – não poucos – que o exercício das medidas provisórias é co-responsável por algo que se costuma chamar de crise ou déficit da função legislativa do Parlamento brasileiro.

Usa-se muitas vezes de dois pesos e duas medidas, como nos casos dos Tratados Internacionais ou mesmo das leis delegadas, para atacar exclusivamente as “famigeradas” medidas provisórias. Esse repúdio talvez revele algo mais do que a defesa da separação das funções estatais e do princípio da legalidade rígido como primados da democracia.

No cenário brasileiro, lembrando das justificativas históricas que associam a defesa do princípio da legalidade e da separação das funções aos ideais da Revolução Francesa, a reprimenda ao uso das medidas provisórias está muito mais relacionada a medos coletivos do que a um fundamento racional. Tal repúdio consiste em uma crítica metajurídica, alheia à pureza que o direito deve conservar, lembrando de Kelsen (1998).

Há, por exemplo, o temor das gerações presentes quanto ao regresso social: do retorno a um passado, não muito distante, em que o Estado brasileiro, vítima de movimentos denominados “revolucionários” (que de revolução só se levava o nome), experimentou a cruel mordaça da liberdade, o enterro de sonhos e o assombro dos calabouços militares.

Além de uma crítica científica, portanto, essa verdadeira inquisição que se prega às medidas provisórias (para não recorrermos às correntes contrárias a um Poder Executivo que exerça funções normativas com maior amplitude), é fruto de um legado dos atos institucionais da ditadura militar e dos Decretos-leis.

Apesar de todo esse esforço, é inegável, pelos fenômenos empíricos, a validade material e formal dos referidos Decretos-leis, assim como das medidas provisórias no contexto presente.

Válida a reflexão de que a importância dos Decretos-leis é reconhecida e sentida não apenas pela ordem constitucional, mas pela sociedade atual que, mesmo diante de normas jurídicas postas autorizadoras, não os revoga, susta seus efeitos ou lhes promove significativas alterações. Pelo contrário: aprova-os, ratifica-os e conserva-lhes a eficácia e a robustez.

O Poder Legislativo, exercido pelos representantes do povo, mostra-se incapaz de alterá-los por meio de leis que sejam amplamente discutidas e promulgadas. Mais: sua eficácia é preservada, e a sociedade atribui-lhes legitimidade.

É de se indagar a razão de o sistema jurídico brasileiro continuar a ser regido por normas extremamente importantes para a governabilidade nacional e tutela de direitos fundamentais que tenham sido editadas justamente pelo Poder Executivo na época da ditadura militar[153].

Nesse contexto, o argumento contrário à atribuição normativa ao Poder Executivo, baseado exclusivamente na defesa da ordem democrática, é, no mínimo, incoerente. Normas jurídicas favoráveis à democracia material (válidas formalmente) foram editadas no período ditatorial, permanecendo vigentes atualmente com o apoio popular por reconhecerem valores positivados pela Constituição.

Se, por um lado, o abuso de medidas provisórias proporciona um descrédito do exercício da função legislativa pelos parlamentares, não é menos certo afirmar que a inoperância ou ineficiência desses últimos também proporciona a reiterada necessidade e urgência de promover a edição dos referidos atos.

As medidas provisórias passam a ser imperativos para a preservação da ordem democrática, sob pena de o Poder Executivo, na figura de seu Chefe legitimamente eleito, ser também acusado de omisso e ineficiente, adotando postura atentatória ao seu próprio juramento de posse, qual seja a defesa da Constituição.

O poder constituinte originário investiu o Chefe do Executivo dessa atribuição

[153] Apenas a título de exemplo, vigoram no Brasil normas jurídicas editadas através de Decretos-Leis como o Código Penal, Código de Processo Penal e Código de Mineração.

legislativa anômala e excepcional, devendo executá-la de forma adequada aos casos de relevância e urgência, devidamente limitada pelas normas constitucionais.

A considerar o que já expusemos nos itens anteriores, a imprescindibilidade das medidas provisórias salta aos olhos. Seus limites estão estabelecidos no texto constitucional. Se há desvios ou abusos, impõe-se sua análise em concreto e o controle repressivo por meio de freios e contrapesos. Por trás das normas postas, existem seus autores imediatos. Mira-se contra o instrumento, quando o alvo deveria ser aquele que lhe desvia a finalidade, comete o abuso, transforma a exceção em regra: o extraordinário em ordinário.

Nesses casos, caberá ao Poder Legislativo e ao Judiciário, com os instrumentos de que disponham, obstar que a prática louvável em favor da democracia converta-se em mecanismo nefasto e abominável, verdadeira transfiguração do regime republicano em "cesarismo governamental", a provocar sérias disfunções do princípio da separação dos poderes[154].

Por previsão constitucional[155], em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá editar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. O problema é a definição do que seja relevante e urgente.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2003), depreende-se que relevante é algo excepcional, grave, que traduza uma qualificação diferenciadora dos demais interesses públicos que, por sua natureza, já são "normalmente" relevantes. "É certo, pois, que só ante os casos graves, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias"[156].

A urgência é, por sua vez, aquilo que não admite espera, sob pena de causar prejuízo ao interesse público. É a questão que deve ser imediatamente decidida de forma abstrata e geral. O decurso do tempo caracterizaria, por si só, ofensa ou postura incompatível com a tutela do interesse público pelo Estado, tornando-se impossível ou extremamente difícil a restauração do *status quo ante* em virtude da demora ou omissão.

---

[154] A expressão foi utilizada pelo Ministro Celso de Mello em seu voto por ocasião do julgamento da ADI nº 2213 MC/DF. Julgamento 04/04/2002. Órgão Julgador: Pleno do Supremo Tribunal Federal.
[155] Vide CR/88, artigo 62.
[156] BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 120.

Assemelha-se, portanto, às tutelas de urgência, cautelares e liminares, deferidas pelo Poder Judiciário. Se a matéria é relevante e urgente, a simples demora na apreciação, no enfrentamento da matéria excepcional, sempre ela, poderá causar lesões de difícil, senão impossível reparação, a ponto de ocasionar até mesmo a perda de seu objeto.

Importante destacar que o tema já foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal por diversas vezes. Não raras eram as decisões que se recusavam a adentrar nos conceitos de relevância e urgência, sob o fundamento de que se tratava de questões políticas, de juízo subjetivo e discricionário.

Como bem informa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007), aludidas decisões do Supremo Tribunal Federal acabaram por propiciar a proliferação das medidas provisórias, convalidadas sucessivamente, com o desvio de finalidade do instrumento[157].

A exemplo das leis delegadas, o legislador constituinte estabeleceu critérios negativos (ou excludentes) para vedar que sejam objeto de medidas provisórias as matérias relativas a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto na CR/88, art. 167, § 3º.

De forma objetiva, o texto constitucional veda a edição de medidas provisórias que visem, ainda, a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, as matérias reservadas a lei complementar e aquelas já disciplinadas em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

A Constituição estabelece também normas afetas aos seus efeitos no tempo, podendo ter a perda de sua eficácia, sustação de efeitos, vedação de sua reedição na mesma sessão legislativa quando rejeitada ou perdida a eficácia por decurso de prazo, trancamento de pauta[158] etc.

---

[157] FERREIRA FILHO, 2007, p. 238-239.

[158] Eduardo Carone Costa Junior apresenta posicionamento interessante sobre o tema, destacando que o trancamento de pauta, apesar de ser uma tentativa de superação dos abusos na edição de

Em virtude do princípio da anterioridade, as medidas provisórias que implicarem em instituição ou majoração de impostos produzirão efeitos apenas no exercício financeiro seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Perderão a eficácia, desde a edição, caso não sejam convertidas em lei no prazo de sessenta dias, contados da publicação, prorrogável por igual período de vigência uma única vez, caso não tenha sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso.[159]

> "Por serem, como visto, excepcionais, efêmeras, precárias, suscetíveis de perder eficácia desde o início e cabíveis apenas ante questões relevantes que demandem urgente suprimento, é óbvio que só podem ser expedidas quando (a) situação muito grave reclame providências imediatas, que tenham de ser tomadas incontinenti, pena de perecimento do interesse público que devem suprir e (b) a natureza da medida seja compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário."[160]

Como se verifica, trata-se de uma função normativa reconhecida ao Poder Executivo, plenamente justificável no contexto atual. Seus abusos e desvios não devem ser confundidos com a importância e imprescindibilidade do instrumento[161].

Além das medidas provisórias e leis delegadas, o Poder Executivo participa ativamente do processo legislativo de leis ordinárias e leis complementares.

Note-se que, em virtude de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, sua participação é imprescindível em determinadas matérias. À guisa de exemplo, por expressa previsão constitucional, cite-se: a) as que fixem ou modifiquem os efetivos

---

medidas provisórias e sua perpetuação no tempo de forma indefinida, bem como para que o seu exame não fique prejudicado pela conjunção de interesse político do Chefe do Executivo e a omissão do próprio Congresso, tem como efeito nocivo a redução do espaço para discussão e publicidade. (COSTA JUNIOR, 2011, p. 69-89)

[159] Recomendamos ao leitor interessado em melhor compreender o rito procedimental em tela, a leitura dos parágrafos do artigo 62 da Constituição da República de 1988, bem como dos dispositivos afetos a matéria previstos nos Regimentos das Casas do Congresso Nacional. A sua exposição pormenorizada neste texto caracterizaria, a nosso sentir, um desnecessário desvio do objeto da dissertação.

[160] BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 120.

[161] Sobre o tema, recomenda-se a leitura de dissertação de mestrado defendida por Eduardo Carone Costa Junior junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, posteriormente publicada sob o título "A legislação simbólica como fator de envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro", já citado neste trabalho como referência. O autor aborda a morosidade do parlamento e o problema das emendas parlamentares no exame das medidas provisórias.

das Forças Armadas; b) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; c) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; d) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; e) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; f) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; g) plano plurianual, diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, dentre outras.

Além de participar com reserva de iniciativa, ao Presidente da República ainda cumprem responsabilidades como sanção, veto, promulgação e publicação das leis.

Como bem assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007), a lei é um ato complexo. Decorre da formação de duas ou mais vontades coincidentes a se fundirem em apenas uma só vontade declarada, idônea e promotora de efeitos jurídicos. Sem a fusão dessas duas ou mais vontades, unidas pelo mesmo fim, não seria possível a realização do ato.

O processo legislativo que resultará na lei tem início na fase introdutória, de iniciativa, na qual participa diretamente em muitos casos o Poder Executivo. Em seguida, a fase constitutiva representa o *locus* maior de discussão, proposições de emenda, realização de audiências públicas, materializando o próprio contraditório no processo e a participação de grupos de interesse – nesta fase, também ocorrerá a sanção. Por fim, a fase complementar, na qual se realizam a promulgação e também a publicação[162].

Em todas as fases, há a presença direta ou indireta do Poder Executivo. Seja por meio de atos formais, de sua representação por lideres do Governo (de mesma filiação partidária ou da denominada “base aliada” de partidos), ou mesmo de simples pressão política que exerce junto ao Poder Legislativo.

O que se busca é a satisfação do interesse público primário e secundário, jamais deixando de considerar que o sistema jurídico, posto ao admitir tal postura,

[162] FERREIRA FILHO, 2007, p. 206.

deve estar imaculado pela validade formal e os princípios que orientam a ordem jurídica brasileira.

Por fim, recorrendo a um assunto pouco explorado, mas que merece registro, deve-se considerar os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – visto que o legislador constituinte de 1988 atribuiu ao Presidente da República a competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Consoante o disposto na Constituição da República de 1988, aludidos tratados são equiparados à lei ordinária, salvo aqueles que versem sobre direitos humanos, os quais têm estatura de Emenda à Constituição. De qualquer modo, a sua eficácia dependerá de regulamentação pelo Congresso Nacional e ratificação para que sejam incorporados ao direito interno positivo na forma prevista pela Constituição.

Os tratados que versem sobre direitos humanos celebrados pelo Chefe do Executivo revelam mais uma via anômala de participação do Poder Executivo no processo de emenda à constituição. Além de se admitir a proposta formulada pelo Chefe do Executivo, a regulamentação, ou melhor, a sua aprovação por Decreto Legislativo e ratificação pelo Presidente, significa uma emenda constitucional em sentido material.

5.3.2. A competência normativa (regulamentar) reconhecida e autorizada pelo sistema jurídico brasileiro

Há o reconhecimento expresso e implícito no sistema jurídico pátrio dos regulamentos autônomos (ou independentes), regulamentos executivos, regulamentos autorizados (ou delegados), revelando, sem maiores percalços na Constituição da República de 1988 e legislação infraconstitucional, a competência ou capacidade normativa do Poder Executivo[163] para esses atos.

[163] Não se deve ignorar que a competência normativa regulamentar do Poder Executivo não exclui ou afasta a capacidade administrativa-regulamentar do Poder Legislativo e do Judiciário. Deve-se sempre recorrer à idéia de que a separação das funções estatais não se trata mais de algo rígido e estanque. Há de se aplicar a concepção de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

A complexidade reside em estabelecer os seus limites, como veremos adiante, mas também acerca dos casos não expressos na Constituição, que nos infiram deduzir por critérios lógico-formais que o Poder Executivo estaria autorizado a regulamentar de maneira primária ou mesmo secundária[164].

A Constituição da República de 1988, artigo 84, inciso IV, prevê a competência do Presidente da República para expedir Decretos para a fiel execução da lei. Esses são os denominados regulamentos executivos, não inovadores da ordem jurídica, como já outrora mencionado.

Ainda que não prevista expressamente nas leis infraconstitucionais, a autorização para que o Poder Executivo os edite decorre de norma expressa da Constituição, além de ser corolário lógico necessário para que se implemente os comandos legais. Há casos que a execução das leis não dependerá de regras mais específicas, caracterizando eventual decreto um possível excesso (ou repetição intolerada) pela teoria da legislação.

Os regulamentos executivos visam a integração esclarecedora da norma legal e viabilizadora de sua eficácia concreta. Não criam, desse modo, direitos ou obrigações. Dão o suporte, o meio, o nível de detalhamento que o legislador não tem condições de alcançar, sob pena de adentrar, em muitos casos, na seara de atuação da Administração Pública.

Segundo pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal, como atos subordinados à lei que são, os decretos editados para sua fiel execução sequer permitem o seu controle direto de constitucionalidade, restringindo-se à análise de sua legalidade. Sua inconstitucionalidade será, portanto, meramente reflexa[165].

Desse raciocínio lógico, flagrantemente marcado pela adesão do Supremo

---

exercem funções que lhes são próprias de maneira preponderante, mas todos possuem atribuições impróprias (em menor medida), de natureza jurisdicional, administrativa e legislativa.

[164] Recorrendo à classificação doutrinária referendada por Marcelo Figueiredo, a produção de normas jurídicas em um sistema podem ser: “a) normas superprimárias (são as normas constitucionais); b) normas primárias (leis editadas pelo Poder Legislativo, leis delegadas e atos normativos do Poder Legislativo); c) normas secundárias (regulamentos, categoria genérica, ou decretos)”. O próprio Marcelo Figueiredo adverte que as categorias de normas e seu centro de produção poderão variar de acordo com o sistema e a estrutura de cada Estado, admitindo os casos dos regulamentos autônomos como normas primárias, a exemplo da Constituição francesa. (FIGUEIREDO, 2005, p. 142)

[165] A propósito, recomenda-se a leitura do Acórdão na ADI nº 1.347/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 1/12/1995 e decisão monocrática na ADI nº 4218 , Relator Min. Luiz Fux, publicada no DJE nº 201, divulgado em 18/10/2011.

Tribunal Federal à corrente positivista kelseniana de sistema escalonado e hierárquico de normas, depreende-se que os regulamentos executivos possuem matéria extremamente delimitada.

Não poderão, nesse sentido, dispor nada além (ou aquém) do necessário para a adequada e fiel execução da lei. No caso de qualquer disposição estranha ao seu objeto, que amplie ou reduza a aplicação dos comandos normativos exteriorizados, estará o Executivo ultrapassando os seus limites e incorrendo em ilegalidade.

Esse parece ter sido também o entendimento do Legislador infraconstitucional ao editar a Lei Complementar nº 95, de 1998, e do Chefe do Poder Executivo ao regulamentá-la por meio do Decreto nº 4.176, de 2002. Nos termos do artigo 16 do Decreto, fica expressamente vedada a edição de atos normativos regulamentares que disponham sobre matéria estranha ao objeto da lei ou da medida provisória a ser regulamentada ou estabeleçam normas que ampliem ou reduzam o âmbito de sua aplicação[166].

Desse modo, ultrapassados os limites da lei infraconstitucional pelo decreto que visa a sua regulamentação, o diploma incorrerá em inconstitucionalidade reflexa à norma superprimária (texto constitucional) e ilegalidade frontal ante a norma primária que lhe é hierarquicamente superior.

Entendimento diverso é defendido por José Afonso da Silva (2012), para quem o regulamento que ultrapassa os limites da lei regulada fere diretamente a Constituição, já que invade o campo legislativo, deixando simplesmente de regulamentar o diploma legal. Estaria autorizado, nessas hipóteses, até mesmo o controle direto de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal[167]. A nosso sentir, o constitucionalista brasileiro incorre em equívoco interpretativo.

Na verdade, o regulamento executivo, aquele editado para a fiel execução de lei, até por critério lógico formal, há de ser analisado à luz da legalidade. Já que está vinculado à lei, e não à norma constitucional, sua matéria deve ser aferida conforme a lei imediatamente superior a que pretende regulamentar. Se dispuser algo

[166] Decreto Federal nº 4.176/2002: Art. 16. Os projetos de atos normativos regulamentares não estabelecerão normas que ampliem ou reduzam o âmbito de aplicação da lei ou da medida provisória a ser regulamentada ou que sejam estranhas ao seu objeto.
[167] SILVA in FIGUEIREDO (org.), 2012, p.245.

diferente, além ou aquém do objeto da lei, independentemente de pretender inovar na ordem jurídica, incorrerá em ilegalidade. A inconstitucionalidade somente poderá ser, a partir desse ponto de vista, reflexa ou indireta.

Note-se que o regulamento para execução fiel de lei, por decreto, é ato privativo do Chefe do Executivo (CR/88, artigo 84, inciso IV) pelo que o legislador infraconstitucional não pode delegar tal função (que não lhe cabe) a outro órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta. Não se confundem com os atos editados pelos Ministros de Estado para execução de lei, decretos e regulamentos na forma de instruções. Esses dispõem sobre aspectos exclusivamente técnicos, sem conteúdo inovador ou para aplicação exclusivamente no âmbito interno dos órgãos.

É de se distinguir, tal como já salientamos, os decretos executivos dos regulamentos autorizados (ou delegados) pela legislação infraconstitucional. As características que distinguem essas espécies de atos normativos derivados foram amplamente descritas nos tópicos precedentes.

Os regulamentos autorizados (ou delegados) no sistema jurídico brasileiro visam a determinação de amplos conceitos indeterminados na lei ou são resultado de uma discricionariedade técnica ou política autorizada pela lei e pela Constituição ao Executivo.

Apresentam, muitas vezes, conteúdo técnico, integram o conteúdo de normas gerais em branco, disciplinam aspectos da ordem social e econômica por meio de um reconhecimento (ou autorização) de atribuição normativa feita pelo legislador ao Poder Executivo, assim entendido não apenas o Chefe daquele Poder, mas entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta.

O direito ambiental é, como veremos, dotado de inúmeros exemplos de atos normativos editados por entidades integrantes da Administração Pública direta. Da mesma forma, a legislação agropecuária, de saúde, regulamentos do INMETRO, as normas técnicas da ABNT[168], o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, a

[168] Questão extremamente curiosa, para não acoimá-la de plano como ilegal e até mesmo inconstitucional, consiste na restrição feita pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ao acesso público, gratuito e integral de suas normas técnicas, necessárias por imperativo legal à realização de diversas atividades. A legislação infraconstitucional exige em diversos casos sua obediência, mas a ABNT não franqueia acesso, salvo mediante prévio pagamento. Os ônus dessas despesas não devem ser diretamente repassados ao cidadão, mas sim ao Estado que delega o

Secretaria da Receita Federal e tantos outros.

Também a merecer essa denominação são os atos normativos editados pelas Agências Reguladoras (leia-se Aneel, Anatel, ANP, Anvisa etc.). O modelo adotado no Brasil, decorrente das Regulatory Comissions norte-americanas, não deixa dúvida de que o legislador a elas conferiu poder regulamentar autorizado (delegado), cumprindo-lhes respeitar os parâmetros legais.

A exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), a doutrina tradicional defende que as Agências Reguladoras, bem como os demais órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, não podem inovar na ordem jurídica. Ressalva apenas os casos da Agência Nacional do Petróleo e da Agência Nacional de Telecomunicações, por possuírem previsão constitucional como agências reguladoras, e os demais órgãos cuja competência normativa tenha sido outorgada antes da Constituição da República de 1988, observado o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[169].

Os demais órgãos e entidades somente podem, segundo essa corrente doutrinária, estabelecer normas com efeitos internos, dirigidos aos próprios órgãos ou entidades, admitindo-se normas afetas a editais de licitações, desde que baseadas em leis e regulamentos prévios. Trata-se de uma concepção rígida de legalidade.

Diante de todo o arcabouço doutrinário acerca da nova dimensão de legalidade e da separação de funções, constata-se que a legislação infraconstitucional poderá autorizar órgãos e entidades da Administração Pública para editarem regulamentos (nos limites da lei autorizadora e da Constituição, o que inclui a inexistência de reserva absoluta de lei formal).

O sistema jurídico o admite em virtude de fenômenos empíricos que revelam, inclusive, a impossibilidade de o legislador dispor sobre matérias técnicas, editar normas com a necessária riqueza de minúcias para o exercício e controle de atividades econômicas, etc., consoante aos comandos gerais da lei.

---

exercício de ação normativa a entidade estranha à Administração Pública direta por ser incapaz de exercê-la. Se o acesso não é livre, público e gratuito como o são de toda e qualquer lei (e deveriam ser de normas infralegais), gerais e abstratas, impossível exigir a presunção de seu conhecimento, admitindo-se, por outro lado, uma escusa real à sua imperatividade.

[169] DI PIETRO, 2006, p. 208-212.

Esses atos normativos de efeitos externos poderão vincular os administrados, assim como seu conteúdo poderá estabelecer restrições e modular o exercício de direitos.

A preocupação dessa função normativa, delegada ou autorizada pela Constituição e legislação infraconstitucional, é a definição de seus limites. É saber, com garantias, até que ponto o legislador poderá autorizar o Poder Executivo a exercer essa função normativa sem que seja considerado um desvio – abordaremos esse tema em tópico específico e conclusivo adiante.

O que se deve compreender, neste momento, é que o sistema jurídico brasileiro admite os regulamentos autorizados como atos normativos complementares, derivados, colaborativos e integrativos do ordenamento jurídico. A ordem constitucional não os reprime, apenas traduz limites, mesmo que de forma implícita ou por critérios lógico dedutivo-formais.

Diverso é o caso dos decretos autônomos (regulamentos independentes), que podem ser considerados como atos normativos primários (ou originários) no sistema jurídico. Trata-se, decerto, de matéria com bastante divergência doutrinária.

A Constituição da República de 1988, artigo 84, inciso VI, prevê expressamente a competência privativa do Presidente da República para dispor, por meio de decretos com aplicação ou abrangência interna na Administração Pública, sobre matérias restritas a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, bem como sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

As hipóteses foram expressamente previstas a partir da Emenda à Constituição nº 32, de 2001, tendo grande parte da doutrina entendido que o constituinte derivado passou a contemplar, apenas nesses casos, os decretos autônomos.

A redação originária do dispositivo autorizava o Presidente da República a dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal na forma da lei, o que levava a deduzir, por critério lógico dedutivo, que qualquer regulamentação estaria subordinada à lei formal infraconstitucional previamente promulgada.

A partir da referida emenda, tendo sido suprimida a expressão “na forma da lei” e elencada, inclusive, a hipótese de extinção de funções e cargos públicos,

conferiu-se, pela Constituição, autonomia ao Chefe do Executivo para editar atos primários regulamentares, sob condições previstas pelo próprio texto constitucional.

Observados os limites da carta federal, não poderá o legislador infraconstitucional impor outras barreiras ou impedimentos ao conteúdo material do ato normativo, já que ao Presidente compete privativamente dispor a respeito.

Por outro lado, os rigores afetos à técnica redacional, objeto da legística formal, como veremos, continuaram a ser objeto de restrições a essa ação normativa, como, aliás, o serão para todos os atos normativos. Eis aí o esboço de limites ao exercício dessa prefalada competência, ainda que de forma indireta ou reflexa à política normativa que se adotará.

Note-se que o Decreto Federal nº 4.176, de 2002, que regulamenta a Lei Complementar nº 95, de 1998, estabelece balizas afetas à técnica redacional dos denominados decretos autônomos justamente para que a sua realização alcance o máximo de eficácia e não incorra em usurpação de matéria reservada a lei formal.

Por disposição expressa de seu artigo 17, os projetos de decretos autônomos não poderão disciplinar sobre nenhuma outra matéria quando versarem sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, e tampouco regulamentar disposições de outras leis quando versarem sobre o disposto na CR/88, artigo 84, inciso VI, alínea "a"[170].

Trata-se, portanto, de uma modulação incontroversa da autonomia ou discricionariedade do Chefe do Executivo no exercício de sua função normativa. Como veremos adiante, os limites impostos pela Teoria da Legislação (legística material e formal) constituem fortes balizas ou mecanismos de controle da ação normativa. No caso dos decretos autônomos, inclusive por disposição expressa no sistema jurídico brasileiro, não é diferente.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2008), mesmo após a modificação

[170] Decreto Federal nº 4176/2002. Art. 17. Serão disciplinadas exclusivamente por decretos as matérias sobre: I - extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; e II - organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. § 1º O projeto de decreto que dispuser sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, não disciplinará nenhuma outra matéria. § 2º O projeto de decreto que tratar da matéria referida no inciso II do caput não deverá regulamentar disposições de lei ou de medida provisória.§ 3º Quando impossível ou inconveniente a observância do disposto no § 2º, os dispositivos que tratam da matéria referida no inciso II do caput serão separados daqueles que têm natureza regulamentar e agrupados por meio de especificação temática do seu conteúdo.

introduzida na Constituição, não é tolerada pelo sistema jurídico pátrio a edição de atos normativos primários pelo Poder Executivo.

Para o eminente administrativista, só se pode considerar como atos primários aqueles que criem ou extingam direitos e obrigações primariamente. À luz do disposto em seu texto, artigo 5º, inciso II (princípio da legalidade), a própria Constituição da República de 1988 exige reserva legal para tanto. Os atos de organização e funcionamento aludidos no artigo 84, inciso VI, são meros atos ordinatórios, que dispõem sobre o setor interno da Administração Pública, afetando apenas de modo reflexo a esfera jurídica de terceiros. Logo, continuariam a ser, mesmo nessa hipótese, atos secundários e não inovadores para a ordem jurídica[171].

Sem revolver toda a nova dimensão de princípio da legalidade a que nos referimos nos tópicos iniciais desta pesquisa e que servirão para as conclusões adiante acerca dos limites da função normativa desenvolvida pelo Poder Executivo, adiantamo-nos em afirmar que tal princípio, na forma prevista pela Constituição, não representa, por si só, óbice ao processo elaborativo dos regulamentos autônomos ou autorizados (delegados).

O que definirá a sua possibilidade (validade jurídica) é, por outro lado, a existência de uma norma autorizativa superior. Pressupõe-se, então, a análise de coerência e unidade do sistema, observando princípios positivados, não só o da legalidade ampla, mas a independência e harmonia dos poderes, além de normas jurídicas constitucionais que atribuem poderes exclusivos e privativos a determinados órgãos de atuação do poder estatal.

No que concerne aos aludidos decretos previstos no artigo 84, inciso VI, da Constituição da República de 1988, posicionamo-nos tal como o legislador infraconstitucional e o próprio Poder Executivo. Ou seja: são decretos autônomos, já que, a partir de um critério orgânico formal, são editados primariamente, sem estarem subordinados a comandos legais infraconstitucionais (primários) que lhes autorizem a edição. Vinculam-se, além disso, direta e exclusivamente aos comandos superprimários (textos constitucionais).

Nesse mesmo sentido, ao observar apenas seu conteúdo, ainda que sua abrangência ou órbita de aplicação seja interna à Administração Pública, seus

[171] CARVALHO FILHO, 2008, p. 60.

efeitos importam e inovam na ordem jurídica administrativa. Por conseqüência, há direitos subjetivos de administrados que serão afetados pela modificação de serviços públicos administrativos, diminuição de funções e cargos etc. Impossível ignorar que se trata de uma inovação relevante, cuja força cogente é atribuída ao Poder Executivo de forma independente de qualquer atuação do Legislativo. Mais: o legislativo não pode interferir nesta atuação do Executivo. Eis aí a demonstração irretorquível da autonomia dos decretos em questão, decorrente da competência da autoridade que os edita.

Por fim, impõe-se ainda o registro dos decretos autônomos expedidos pelo Chefe do Executivo nos casos de estado de defesa (CR/88, artigo 136, §1º), estado de sítio (CR/88, artigo 138) e os de intervenção (CR/88, artigo 36, §1º). Apesar de se tratarem de atos normativos previstos para hipóteses excepcionais, são efetivamente atos de natureza primária, autorizados diretamente pela Constituição e importando em criação e restrição a direitos e obrigações.

Desse modo, no contexto atual, podemos afirmar que o Poder Executivo no Brasil desenvolve função normativa, seja por meio de sua participação no processo legislativo formal (direta e indiretamente), nos casos de leis delegadas, medidas provisórias e tratados internacionais (com posterior regulamentação e ratificação internas), como também por meio de atos normativos regulamentares. Esses últimos, elaborados de forma autônoma (primários), autorizada ou apenas para a fiel execução de lei (secundários). Admite-se, ainda, atos com efeitos meramente internos para a ordenação de órgãos e entidades administrativas e fiel execução de atos normativos inferiores à lei, tais como avisos, instruções e portarias.

5.4. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, do Legislativo e do cidadão. *Leading cases*[172] em normas ambientais.

O posicionamento da Corte Constitucional brasileira sofreu, ao longo dos

[172] O termo *Leading Case* vem dos sistemas de *common law*. Representam os casos importantes que servem de paradigma para a solução de outros casos similares. As decisões com repercussão geral e em sede de recursos repetitivos no sistema jurídico brasileiro podem ser consideradas como *leading cases*, assim como casos clássicos dos Tribunais superiores que orientam o posicionamento jurisprudencial, sanando divergências entre tribunais estaduais e entre suas turmas.

anos, paulatina mudança, acompanhando a tendência acima exteriorizada de ampliação do sentido de legalidade e tripartição do poder uno estatal. O que, antes, seria reservado estritamente à lei formal passou a ser compreendido por uma dimensão de juridicidade constitucional.

As decisões do Supremo Tribunal Federal em *leading cases* corroboram com essa conclusão. Mas não se trata apenas do Judiciário. Embora munido de instrumentos para sustar atos normativos do Poder Executivo, o Legislativo tem aderido à tese da juridicidade e à possibilidade de a Administração Pública colaborar efetivamente na integração do sistema jurídico de forma abstrata e geral.

A evolução teorizada alhures tem ressonância nos casos mais recentes decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Verifica-se que muito partiu da nova composição da Corte, com o ingresso de Eros Roberto Grau, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Gilmar Mendes e Ayres Britto como membros.

Nesse sentido, decisões paradigmáticas constituem subsídio bastante para corroborar com uma nova definição de limites para a atuação normativa do Poder Executivo, sem que se afigure delegação de função legislativa inconstitucional e tampouco inovação não tolerada pelo ordenamento jurídico.

5.4.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.378[173] - o enigmático caso da compensação ambiental e a preocupação com a delegação de função legislativa para o Executivo

A ação teve como autora a Confederação Nacional da Indústria (CNI) pretendendo fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º da Lei Federal nº 9.985, de 18-7-2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação), julgada em 2008. A redação do dispositivo era a seguinte:

> "Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a

[173] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.378, Rel. Min. Ayres Britto, *DJE* de 20-6-2008. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 28/06/2012.

> implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.
> § 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.
> § 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo."

A matéria é de grande polêmica para todos que atuam na área de meio ambiente. Não apenas para o setor industrial, mas também a Administração Pública e as organizações não governamentais com atuação na defesa do patrimônio ambiental, dentre outros. Não se olvide que, por se tratar de aparente conflito entre livre iniciativa, desenvolvimento de atividade econômica e proteção do meio ambiente, se está diante de direitos fundamentais em conflito e tutela de interesses difusos.

O objeto central da discussão é o disposto no §1º, que fixa o mínimo de 0,5% (meio por cento) sobre o total dos custos previstos para a implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental como valor a ser pago a título da denominada "compensação ambiental".

Os argumentos apresentados pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) basearam-se em vários aspectos, desde a técnica redacional empregada no texto, passando pela natureza jurídica do "ônus" criado pelo legislador, até a discricionariedade conferida à Administração Pública e a total desvinculação entre custos totais "previstos" para implantação de empreendimento e significativo impacto ambiental.

Embora o conteúdo do texto seja matéria que provoque indagações à luz da legística formal e material, impõe-se destacar, no momento, os argumentos

relacionados ao princípio da legalidade, suscitados pela CNI.

Note-se que a autora é uma entidade de âmbito nacional, legítima representante das federações estaduais das indústrias, capaz de reproduzir com certa proximidade e clareza o discurso do setor industrial brasileiro como um todo. Dentre outros argumentos, o discurso expendido no momento do ajuizamento da ação[174] era exatamente a defesa da inconstitucionalidade do artigo 36 da Lei Federal nº 9.985, por ofensa ao princípio da legalidade e separação das funções estatais – posicionamento que se manteve até o julgamento.

Alegou-se, em síntese, que ato restritivo de direito não poderia resultar de atuação normativa do Executivo. O preceito esculpido no §1º, artigo 36 da CR/88, ante a inexistência de balizas referentes ao valor a ser fixado pela Administração Pública, significaria ofensa ao princípio da legalidade. A matéria deveria, nesse sentido, estar prevista em lei formal. Argumentou-se, ainda, que deixar ao Poder Executivo o exercício dessa função configuraria uma delegação imprópria do poder legislativo, a conflitar com a independência dos Poderes.

Registre-se que, por se tratar de uma lei federal, os Estados passaram a regulamentar o dispositivo no âmbito de seus territórios e para a atuação de seus respectivos órgãos. Sem que estivesse previsto um critério uniforme e objetivo, cada entidade política criou normas específicas regionais e critérios abstratos para valoração de impacto significativo.

A exemplo da "guerra fiscal" (do Direito Tributário), começou-se a esboçar uma "guerra ambiental", transacionando-se acerca de interesses primários do Estado. Havia entidades políticas que previam percentuais que variavam de 0,5% até 1,1%[175], como Minas Gerais, enquanto outros conseguiam alcançar até 5% dos custos previstos para implantação do empreendimento, abstraindo-se, por exemplo, critérios específicos e individuais de cada tipo de impacto.

Além de possível discussão quanto aos limites dos princípios de legalidade, ofensa a pacto federativo e isonomia, colocava-se em risco a tutela do patrimônio ambiental.

---

[174] A ADI 3378/DF foi distribuída em 16/12/2004.

[175] Note-se que no Estado de Minas Gerais, o regulamento sobre a matéria estava previsto na Deliberação Normativa COPAM nº 94/2006, tendo sido objeto de alterações..

O julgamento do Supremo Tribunal Federal motivou discussão principalmente entre os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Ricardo Lewandowsky e Marco Aurélio, tendo sido o saudoso Ministro Menezes Direito o autor da proposição apaziguadora dos ânimos.

Inicialmente, o relator Ministro Carlos Ayres Britto apresentou voto afastando a ofensa ao princípio da legalidade e concluindo pela improcedência do pedido.

Na seqüência, após retorno de vista, o Ministro Marco Aurélio apresentou voto diametralmente oposto, sustentando no que concerne a aplicação do princípio da legalidade e separação das funções estatais, o seguinte entendimento:

> "Acresce que o valor a ser recolhido – repito – para simples obtenção da licença, em que pese ao estudo de impacto ambiental – EIA e ao relatório respectivo – RIMA, é fixado, sem a observação de balizas legais, exceto o patamar mínimo de 0,5%, pelo órgão ambiental licenciador. No caso, trata-se de delegação ímpar, trata-se de verdadeira carta em branco, podendo o órgão ambiental licenciador atuar livremente, desde que respeitada a percentagem mínima de 0,5% dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento. Olvidaram-se, a mais não poder, os novos ares constitucionais. Menosprezou-se o fato de, com a Carta de 1988, haver-se colocado um ponto final na delegação considerada a competência do Congresso Nacional. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias trouxe termo final para delegações que já tinham sido formalizadas..."[176]

Depreende-se da fundamentação consignada no voto do eminente Ministro Marco Aurélio que, à época do julgamento, ele conservava-se fiel à concepção rígida de separação das funções estatais e ao princípio da legalidade em sentido formal, exigindo que o legislador ordinário houvesse fixado balizas precisas para a definição da obrigação em tela. Tal entendimento fica ainda mais claro nos seguintes fragmentos de seu voto e manifestações durante o julgamento:

> "Não se coloca em dúvida a possibilidade de a degradação do meio ambiente ocasionar sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de serem reparados os danos causados. Não se pode conceber que, diante da clareza do artigo 225, §2º e §3º, da Carta Federal, jungindo a obrigação de indenizar aos danos causados e verificados, dispor mediante – se é que assim se pode considerar – presunção, chegando-se a verdadeira comissão presentes os

[176] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 3378/DF, DJU 20/06/2008. Disponível no site www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.

> custos totais de implantação de certo empreendimento e, o que é pior, sem fixação em lei, ficando o percentual a ser definido pelo órgão ambiental licenciador. O passo se mostrou muito largo. Atropelou-se a própria Lei Maior."[177]

É de se concluir que as hipóteses de regulamento por autorização, bem como regulamentos autônomos, vinculados diretamente à Constituição para casos similares, não teriam o respaldo do voto do Ministro Marco Aurélio.

Embora tenha discordado no mérito do Ministro Marco Aurélio, Celso de Mello arrima-se em matéria de fundo que parece ter pontos em comum com o seu posicionamento. Os postulados da legalidade, da harmonia e da independência dos Poderes exigiriam uma outorga limitada de competência ao Poder Executivo e, nesse caso, a lei traçaria parâmetros suficientes.

> "A questão é esta: acoima-se de inconstitucional o preceito normativo, porque infringente de certas regras da Constituição, inclusive dos postulados da legalidade, da harmonia e independência dos Poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade. E é exatamente esse o ponto que estamos a debater. Mas tenho a impressão de que a leitura da lei não permite que dela se extraia o reconhecimento de que teria havido uma outorga mais ampla de competência ao Poder Executivo. Na verdade, este fica jungido a determinados parâmetros que a lei em questão extrai do próprio texto da Constituição."[178]

Durante o julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa apresentou voto no sentido de adotar interpretação conforme a Constituição ao dispositivo, a fim de que a administração pública ambiental não pudesse fixar percentual superior a meio por cento a título de compensação ambiental, muito embora a literalidade da lei dispusesse apenas acerca de percentual mínimo. Foi, como se vê adiante, imperativo em suas conclusões sobre a matéria:

> "Desta forma, dou interpretação conforme para manter a norma em vigor, entendendo-se que a administração ambiental não poderá fixar percentual superior a meio por cento. Se o

[177] Excerto do voto do Ministro Marco Aurélio no Acórdão da ADI nº 3378/DF. Disponível no site www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.
[178] Excerto do voto do Ministro Celso de Mello no Acórdão na ADI 3378/DF. Disponível no site www.stf.jus.br. Acesso em 28/06/2012.

> legislador não fixou patamar superior, penso que o administrador não poderá fazê-lo."

A solução para afastar as divergências acima quanto ao princípio da legalidade e à separação das funções do Poder Estatal foi a declaração de inconstitucionalidade parcial, baseada na proposta do saudoso Ministro Menezes Direito, afastando o que denominou como "conteúdo delegatório" consignado no §1º do artigo 36.

Em outras palavras, afastou a delegação (ou autorização) feita pelo Legislador ao Poder Executivo, permitindo-lhe fixar, a contrário *sensu*, sem balizas, qualquer percentual superior a 0,5% dos custos totais de implantação do empreendimento. É o que se extrai do seguinte fragmento do Acórdão:

> "...sugeriria ao eminente Ministro Relator ou darmos interpretação conforme para deixar claro que esse valor será, evidentemente, passível de contestação e poderá nem sequer ser aplicado, porque poderá não haver impacto ambiental, ou, se assim entender o Pleno, fazermos uma declaração parcial de inconstitucionalidade, com redução de texto, apenas para tirar essas expressões 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', e também o percentual, deixando que seja a fixação feita pelo órgão encarregado, com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. Ou seja, numa palavra, o que teríamos de preservar é a retirada do conceito delegatório para deixar com que esse investimento do empreendedor ocorra de acordo com o grau de impacto ambiental, significativo sempre ele, para impor a sua obrigação. E o órgão ambiental, com perícia técnica, e já vimos, em várias ocasiões, isso ser feito, poderá escalonar ou definir a situação em que se justificará esse pagamento do empreendedor para preservar o meio ambiente e garantir a reposição do meio ambiente se houver o significativo impacto ambiental."[179]

Desse modo, o julgamento pela declaração parcial de inconstitucionalidade, resultou no Acórdão com a seguinte ementa:

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 36 e seus §§ 1º, 2º

[179] Excerto do Voto do Ministro Menezes Direito no Acórdão na ADI 3378/DF. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso 28/06/2012.

> e 3º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO §1º DO ART. 36.
> 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados.
> 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório – EIA/RIMA.
> 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.
> 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.
> 5. Inconstitucionalidade da expressão 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', no §1º do art. 36 da Lei º 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento.
> 6. Ação parcialmente procedente."

É de se registrar que o resultado do julgamento não agradou nem a gregos, nem a troianos – não por outra razão foram opostos Embargos de Declaração por ambas as partes[180].

Como não foram consignados no Acórdão efeitos modulatórios, prevalece até então a regra de efeitos *ex tunc*, alcançando todos os atos anteriores e posteriores à decisão. Como a inconstitucionalidade parcial da regra pressupõe a sua exclusão do ordenamento, como se nunca tivesse existido, não é possível estimar os impactos orçamentários da medida para o Estados e tampouco sobre os particulares. Não

[180] Conforme informação extraída no site do Supremo Tribunal Federal em maio de 2012, foi substituído o Relator em abril de 2012. Não houve o julgamento dos Embargos de Declaração até esta data. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 01/06/2012.

serão poucos aqueles que defenderão a regra da imprescritibilidade da obrigação, aliados a ideia de imprescritibilidade da reparação por danos ambientais.

Embora a decisão ainda não tenha transitado em julgado, União, Estados e municípios têm editado regulamentos específicos sobre a matéria, adotando seus entendimentos acerca do Acórdão publicado. Critérios menos subjetivos vêm sendo normatizados por regulamentos que, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal que visava afastar o conteúdo delegatório, evidenciam ainda maior autorização aos órgãos ambientais.

Interessante observar que a sociedade tem recebido aludidas normas administrativas como balizas necessárias à sua segurança jurídica, mais adequadas que a lei formal, já que congregam aspectos regionais e locais e as peculiaridades dos tipos de empreendimentos e atividades. Ao mesmo tempo, aludidos decretos admitem o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, tolerando a integração do sistema jurídico também pela norma individual erigida perante a Administração no ato de licenciamento.

De qualquer modo, observado apenas o entendimento do Supremo Tribunal Federal, abstraindo a lógica dedutiva formal e a própria construção normativa que adotou o Poder Executivo por conseqüência, constata-se que a Corte Constitucional em 2008 apresentou, mesmo que de forma tímida, sinais de vinculação aos primados do pós-positivismo e, por assim dizer, ao neoconstitucionalismo na seara do regime jurídico-ambiental brasileiro[181].

5.4.2 A Argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 101/DF – Importação de pneus usados[182]

Uma das decisões que marca a mudança de entendimento acerca da aplicação do princípio da legalidade e separação das funções na seara do regime

[181] A mudança tímida de posicionamento é evidenciada pelas decisões anteriores que acoimavam de ilegais e inconstitucionais atos normativos do tipo Portaria, Instruções, Resoluções, dentre outras editadas pelo Poder Executivo. Não apenas pelo STF, mas tambem pelos Tribunais estaduais e regionais federais. Cite-se o ADI-1823, que o STF suspendeu a eficácia *ex nunc* em sede de cautelar de artigos constantes de Portaria do IBAMA.

[182] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 101/DF. Relª Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: 26/06/2012.

jurídico ambiental ocorreu no ano seguinte ao do julgamento da ADI-3.378. É o que se evidencia, ainda em 2009, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, ajuizada pelo Presidente da República, tendo como Relatora a Ministra Carmen Lúcia.

O Presidente da República pretendia que, por meio da ADPF, fosse declarada a lesão a preceito da Constituição perpetrada por inúmeras decisões do Poder Judiciário que declaravam a ilegalidade e a inconstitucionalidade de proibição feita à importação de pneus usados de qualquer espécie, inclusive os remoldados, com base em atos normativos do Executivo.

Várias ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, apresentavam diferentes interpretações e decisões (inclusive conflitantes entre si) sobre a matéria e geravam, à época, grande insegurança jurídica, tanto sob a óptica do cidadão (administrado), como da Administração Pública. Era preciso, então, um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, inclusive para a orientação, fosse o caso, da política legislativa afeta a matéria.

Dentre os atos normativos que formavam o arcabouço de restrições às importações de pneus, foram citadas Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente, Decreto do Chefe do Executivo, Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior e da Secretaria de Comercio Exterior.

Em apertada síntese, no mérito, a Min. Cármen Lúcia julgou parcialmente procedente o pedido formulado para:

> 1) declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27 da Portaria DECEX 8/91; do Decreto 875/93, que ratificou a Convenção da Basiléia; do art. 4º da Resolução CONAMA 23/96; do art. 1º da Resolução CONAMA 235/98; do art. 1º da Portaria SECEX 8/2000; do art. 1º da Portaria SECEX 2/2002; do art. 47-A do Decreto 3.179/99 e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4.592/2003; do art. 39 da Portaria SECEX 17/2003; e do art. 40 da Portaria SECEX 14/2004, com efeitos *ex tunc*;
>
> 2) declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalvados, quanto a estes, os provenientes dos Países integrantes do Mercosul, na

forma das normas acima citadas e que tenham incidido sobre os casos;

3) excluir da incidência daqueles efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de nenhum questionamento, uma vez que somente podem ser objeto da ADPF atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente.

Note-se que os dispositivos declarados válidos constitucionalmente são todos atos regulamentares que, na verdade, inovam na ordem jurídica, vedando a importação de pneumáticos, sem que exista lei formal em sentido estrito a definir expressamente tal proibição.

Por ocasião do julgamento, a Relatora afastou o argumento de que as restrições feitas por atos regulamentares aos atos de comércio exigiriam lei em sentido formal, bastando atos regulamentares, desde que autorizados pelo sistema jurídico, mesmo que a norma autorizadora seja a Constituição e seus princípios positivados.

O Supremo Tribunal Federal considerou perfeita a harmonia com o princípio da legalidade, uma vez que o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior teria competência na área de desenvolvimento de políticas de comércio exterior, tal como na regulamentação e execução das atividades correlatas.

Nesse sentido, as normas editadas pelo seu Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX), responsável pelo monitoramento e pela fiscalização do comércio exterior (portanto infralegais), seriam imediatamente aplicáveis a partir da própria Constituição, em especial as proibitivas de trânsito de bens, ainda não desembaraçados.

Em seu voto norteador, a eminente Relatora apresenta nitidamente uma concepção doutrinária pós-positivista. Revela sua adesão, a nosso sentir, à teoria neoconstitucionalista. Isto porque, apesar de justificar a capacidade normativa do Poder Executivo em norma autorizadora positivada, qual seja a Constituição, não deixa de fundamentar seu voto no necessário sopesamento entre direitos fundamentais em conflito, dentre os quais o direito à saúde, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento econômico e ao livre comércio. Justificou, ainda, a Convenção da Basiléia, ratificada pela ordem jurídica interna, como fundamento normativo autorizador da regulamentação pelos atos do Poder Executivo.

Depreende-se que, segundo a Relatora, as decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados, além de negarem validade a atos normativos do Executivo (que seriam válidos à luz da Constituição), violavam preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ponto fundamental para compreender a limitação ao exercício da capacidade normativa do Executivo, ainda que implícita na decisão, é a ressalva feita aos países do Mercosul. Nos casos de pneus remoldados importados dos países que integram o bloco, a importação foi tolerada, considerando o disposto nos artigo 2º e 3º do Protocolo de Brasília (norma de força internacional), bem como a decisão no Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul que, em 2002, concluiu pela ilegalidade da proibição.

Saliente-se que, segundo a própria Relatora, a ressalva decorreu fundamentalmente de decisão do Tribunal Arbitral do Mercosul irrecorrível, a qual resultou na alteração da Portaria SECEX 2/2002, que manteve a vedação de importação de pneus usados, à exceção dos pneus remoldados provenientes dos países-partes do Mercosul.

O julgado sob análise é, de fato, paradigmático. Impossível negar, à luz da decisão retratada, a admissibilidade no sistema jurídico brasileiro de capacidade normativa atribuída ao Poder Executivo diretamente pela Constituição para a tutela e proteção de direitos fundamentais, sempre, obviamente, afinada às ideias de coerência, unidade e ideal de completude do sistema.

Nesse mesmo sentido, negar (de forma absoluta) que o Poder Executivo possa atuar por meio de regulamentos autônomos, delegados ou autorizados, para somente admitir a regulamentação para fiel execução de lei significaria simplesmente fechar os olhos para o hodierno entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento esposado na decisão acima era objeto de contra-argumentos baseados em decisões pretéritas do Supremo, como a que apresentava a seguinte ementa em julgamento proferido no ano de 2006:

“A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE

> COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.
> O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações.
> Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal.
> O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *"contra legem"* ou *"praeter legem"*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)". Doutrina. Precedentes. (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN nº 01/2005."[183]

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello expõe sua análise acerca das limitações à função regulamentar do Poder Executivo, colocando-a em contraposição a garantia constitucional dos direitos fundamentais:

> "Demais disso, cumpre reconhecer que a imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se efetive no âmbito estritamente administrativo, para legitimar-se em face do ordenamento constitucional, supõe o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do *'due process of law'*, assegurada à generalidade das pessoas pela Constituição da República (art. 5º, LIV), eis que o Estado, em tema de limitação de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira arbitrária.
> Cumpre ter presente, bem por isso, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, física ou jurídica, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público - de que resultem, como no caso, conseqüências gravosas no plano dos direitos e

[183] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC - AgR-QO 1033 / DF - questão de ordem no Ag.Reg. na Ação Cautelar - Relator(a): Ministro Celso de Mello – Julgamento em 25/05/2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.

> garantias (mesmo aqueles titularizados por pessoas estatais) - exige a fiel observância do princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LV)."[184]

Resta evidente, portanto, uma sensível evolução no pensamento do Supremo Tribunal Federal acerca de aspectos como a função normativa do Executivo, a separação das funções e o princípio da legalidade.

5.4.3. Outras decisões do Supremo Tribunal Federal afinadas a dimensão ampla de legalidade

Outros Acórdãos recentes do Supremo Tribunal Federal, embora não associados ao ordenamento jurídico-ambiental e a tutela de interesses difusos, evidenciam a dimensão de legalidade adotada pela Corte constitucional.

Revelam o reconhecimento de maior capacidade normativa do Poder Executivo e do Judiciário, sem caracterizar violação à separação das funções ou ao primado da democracia. Afasta-se a ideia de um princípio da legalidade extremamente rígido (formal), vinculando a garantia de lei prevista na Constituição da República de 1988, artigo 5º, inciso II, como "garantia de norma".

À guisa de exemplo, cite-se o julgamento do Habeas Corpus nº 85.060[185], sob a relatoria do então Ministro Eros Grau.

Na oportunidade, o paciente havia sido condenado a doze anos e oito meses de reclusão pela prática dos crimes de formação de quadrilha (CP, art. 288) e gestão fraudulenta de instituição financeira (Lei 7.492/1986). Alegou-se violação ao princípio da legalidade, uma vez que ato regulamentar teria estabelecido a especialização de varas e a competência de juizes por natureza de feitos.

Com clareza ímpar, o eminente Relator fundamentou seu voto no sentido de que tal matéria (especialização de varas e competência por natureza da ação) não é objeto de reserva de lei formal, mas apenas "reserva de norma", à luz do princípio da

---

[184] Excerto do voto do Rel. Ministro. Celso de Mello no AC - AgR-QO 1033 / DF - DISTRITO FEDERAL - questão de ordem no ag.reg. na ação cautelar - Julgamento: 25/05/2006. Disponível em www.stf.jus.br . Acesso: 28/06/2012.

[185] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85.060, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23/09/2008, Primeira Turma, *DJE* de 13/02/2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.

legalidade esculpido na Constituição da República, artigo 5º, inciso II.

Segundo Eros Grau, o preceito 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' – compreende duas hipóteses:

a) vinculação às definições da lei; e

b) vinculação às definições 'decorrentes' – isto é, fixadas em virtude dela – de lei.

No primeiro caso estaríamos diante da 'reserva da lei'. No segundo, em face da 'reserva da norma' (a norma poderia ser tanto prevista em lei formal, como regulamentar ou regimental). E esclarece:

> "Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa - mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei – o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos (=reserva da norma), razão pela qual não impede a atribuição, explícita e implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – os vincule."[186]

Sustenta, ainda, o eminente Eros Grau que o princípio da legalidade na Constituição da República de 1988, artigo 5º, inciso II, expressa "reserva de lei em termos relativos" ("reserva da norma"), sendo devidamente acatado quando ato normativo regulamentar ou regimental definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa aos seus destinatários.

Somente quando a Constituição exigir reserva de lei em termos absolutos é que o ato normativo não legislativo não traduzirá validade formal para definir obrigações ou restringir o exercício de direitos. Nesses casos, haverá ofensa ao princípio da legalidade – não àquele do artigo 5º, inciso II, mas ao previsto especialmente em determinados dispositivos espalhados no texto da Constituição.

Sobre o princípio da legalidade com reserva de lei formal, Eros Grau cita pelo menos três hipóteses previstas na Constituição de 1988:

---

[186] Excerto do voto do Ministro Eros Grau. no Acórdão do HC 85.060. p. 376

> "...em pelo menos três oportunidades (isto é, no artigo 5º, XXXIX, no artigo 150, I, e no parágrafo único do artigo 170) a Constituição retoma o princípio, então adotando em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo.(...) se há matéria que não podem ser reguladas senão pela lei – evidente que das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos."[187]

Com base nesses fundamentos, o Relator entendeu que inexistia ilegalidade em Resolução do Presidente do Tribunal Regional Federal ao estabelecer a especialização de varas.

Noutro giro, afastou ainda o argumento de delegação de competência legislativa. Quando o Executivo e o Judiciário editam atos normativos não legislativos estão exercendo função normativa que lhes foi autorizada pela Constituição ou pela lei formal, o que destoa do sentido de função legislativa.

Importante destacar neste julgamento o posicionamento do Ministro Ayres Britto acerca do princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II:

> "...não posso perder a oportunidade de dizer que não aceito, de modo algum, com todas as vênias ao eminente Ministro Eros Grau, que o inciso II do artigo 5º da Constituição não se refira à lei fazendo, mas à lei mandando fazer. Pelo contrário, acho que esse inciso, segundo o qual 'ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei', sintetiza um comando constitucional de máximo prestígio à lei formal, ao Poder Legislativo."[188]

Como se vê ainda em outros fragmentos de seu voto, o eminente Ministro Ayres Britto defende a supremacia da lei formal, decorrente do princípio da legalidade, adotando a expressão "prestígio máximo à lei em sentido formal" como sinônimo de "em virtude de lei". Na ausência de lei, a liberdade estaria assegurada, assim como a licitude da conduta humana. No que tange a Administração Pública, afirma que o administrador não retira sua regra de competência senão da lei em

[187] Excerto do voto do Ministro Eros Grau. no Acórdão do HC 85.060, p. 377
[188] Excerto do voto do Ministro Ayres Britto no Acórdão HC 85.060, p. 383.

sentido formal[189].

A conclusão do julgamento ocorreu em sessão seguinte, após retorno de vista concedida ao Ministro Cezar Peluso. No interregno das sessões, houve o julgamento de outro Habeas Corpus sobre caso análogo, então sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, cujo posicionamento serviu de importante subsídio para o voto do Ministro Cezar Peluso.

A exemplo dos outros Acórdãos citados, bem como de sua doutrina, já referida nesta dissertação, não é difícil deduzir quais foram as conclusões da Ministra Carmen Lúcia sobre o tema, reconhecendo a legalidade e constitucionalidade do ato normativo em tela por vinculação direta a preceitos da Constituição e, ainda, inexistência de ofensa a separação dos poderes.

As decisões do Supremo Tribunal Federal ora colacionadas evidenciam os embates travados perante o Poder Judiciário acerca dos limites da função normativa do Poder Executivo, admissibilidade de delegações pelo Legislativo, limites da separação das funções estatais, etc. Revela claramente uma paulatina mudança de entendimento, encontrando resistências com base na corrente positivista e ainda nas raízes da teoria de Montesquieu, data venia, mal interpretadas.

Não obstante, apesar de votos divergentes em sua fundamentação, os resultados dos julgamentos têm mostrado que a tese vitoriosa perante a Suprema Corte brasileira orienta-se no sentido de reconhecer a capacidade normativa do Poder Executivo com maior amplitude, indicando uma nova dimensão ao princípio da legalidade e uma releitura do princípio da separação das funções estatais a afastar efetivamente ideias absolutas, passando a contemplar relativismos necessários à dinâmica do sistema jurídico.

Toda a divergência jurisprudencial acerca da função normativa do Poder Executivo, inseguranças causadas na sociedade e Administração Pública e a marcante mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal demonstram, mais uma vez, a importância do tema e a necessidade de se estabelecer balizas para essa prefalada capacidade de editar normas regulamentares.

[189] Excerto do voto do Ministro Ayres Britto no Acórdão HC 85.060, p. 385.

5.4.4. Decretos legislativos para sustar atos normativos do executivo e posicionamento em sede de controle prévio de constitucionalidade

Desnecessário frisar que a Constituição da República estabelece mecanismos de controle sobre os atos do Executivo e também do Judiciário, a serem exercidos pelo Poder Legislativo.

No caso específico que nos ocupamos, qual seja a função normativa do Poder Executivo, já nos referimos também neste texto acerca dos procedimentos legislativos com a participação do Executivo, seja por meio de reserva de iniciativa ou possibilidade de apresentação de projetos, bem como no veto, sanção e promulgação.

Ponderamos acerca das delegações legislativas, marcadas flagrantemente pelas Leis Delegadas. Referimo-nos, ainda, sobre os atos regulamentares e regimentais, adotando a classificação de regulamentos delegados[190] (ou autorizados), autônomos e executivos.

A fim de demonstrar uma mudança de posicionamento do Poder Legislativo sobre os limites da capacidade normativa do Poder Executivo, ampliação do princípio da legalidade e releitura da separação das funções estatais, parece válido considerar os projetos de decretos legislativos apresentados nos últimos anos, com fundamento na Constituição da República de 1988, artigo 49, inciso V[191].

À guisa de exemplo, foram encontrados por meio do sistema de busca do site da Câmara de Deputados os seguintes projetos de Decretos Legislativos, tomando como referência matéria afeta ao ordenamento jurídico ambiental – um dos subsistemas que mais impactam pelo exercício da função normativa pelo Poder Executivo.

PDC 334/2011	**Autor:** Neri Geller - PP/MT. **Data de apresentação:** 12/7/2011 **Ementa:** Susta os efeitos dos dispositivos que cita do Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, o qual dispõe sobre as infrações e sanções

[190] Com todas as ressalvas que o termo admite pela doutrina de Eros Roberto Grau. Para o eminente autor, não há que se falar em delegação de regulamento por lei, já que o exercício dessa função cabe propriamente ao Poder Executivo. Deve ser utilizado, portanto, o termo regulamento autorizado.

[191] CR/88. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

	administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.
PDC 215/2011	**Autor:** Rogério Peninha Mendonça - PMDB/SC. **Data de apresentação:** 11/5/2011 **Ementa:** Susta os efeitos da Instrução Normativa nº 15, de 22 de dezembro de 2010, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, que regulamenta e atende ao disposto na Resolução Conama nº 394, de 06 de novembro de 2007, que estabelece os critérios a serem considerados na definição das espécies da fauna silvestre de passeriformes, cujas criação e comercialização poderão ser permitidas.
PDC 2824/2010	**Autor:** Nelson Marquezelli - PTB/SP. **Data de apresentação:** 29/6/2010 **Ementa:** Susta a aplicação da expressão "considerando a totalidade do objeto da fiscalização", parte final do § 6º do art. 24 do Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008. **Explicação:** Decreto que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente.
PDC 1926/2009	**Autor:** Roberto Rocha - PSDB/MA. **Data de apresentação:** 7/10/2009 **Ementa:** Susta a aplicação do art. 2º, V, e do art. 3º, I, da Resolução nº 302, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). **Explicação:** Susta a aplicação do disposto da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente que define Área Urbana Consolidada e que delimita a Área de Preservação Permanente.
PDC 982/2008	**Autor:** Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. **Data de apresentação:** 15/10/2008 **Ementa:** Susta os efeitos do Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que "dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências."
PDC 794/2008	**Autor:** Antonio Carlos Mendes Thame - PSDB/SP. **Data de apresentação:** 4/8/2008 **Ementa:** Determina a sustação do artigo 55 do Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008, do Poder Executivo, por exorbitar do poder regulamentar. **Explicação:** Susta o artigo 55 do Decreto nº 6.514, de 2008.
PDC 616/2008	**Autor:** Fernando Chucre - PSDB/SP. **Data de apresentação:** 5/6/2008 **Ementa:** Susta a aplicação do art. 3º, inciso IX, alínea "a", da Resolução nº 303, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama. **Explicação:** Dispositivo que considera como área de preservação permanente - APP, a área de restinga, em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima.
PDC 323/2007[192]	**Autor:** Nelson Marquezelli - PTB/SP. **Data de apresentação:** 23/8/2007 **Ementa:** Susta os efeitos do artigo 4º, parte final, da Resolução nº 23, de 12 de dezembro de 2006, e do item 10-C de seu anexo 10, redação dada pela Resolução nº 235, de 07 de janeiro de 1998, do Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Explicação:** Dispositivos que restringem a importação de pneu

[192] Sobre este projeto, válido o registro do julgamento da ADPF nº 101 pelo STF, que considerou válidos os atos normativos que restringiam a importação de pneumáticos usados, conforme acima citado

	(pneumático) usado.
PDC 1783/2005	**Autor:** Abelardo Lupion - PFL/PR e outros. **Data de apresentação:** 22/6/2005 **Ementa:** Susta os efeitos das Portarias nº 507 e nº 508, de 20 de Dezembro de 2002, do Ministério do Meio Ambiente. **Explicação:** Susta efeitos das portarias que criaram unidades de conservação da natureza nos estados do Paraná e de Santa Catarina.
PDC 1617/2005	**Autor:** José Borba - PMDB/PR. **Data de apresentação:** 4/4/2005 **Ementa:** Susta a aplicação do § 2º do art. 16 e do § 1º do art. 17 da Instrução Normativa nº 08, de 18 de setembro de 2003, do IBAMA. **Explicação:** Susta dispositivo que só admite recurso administrativo nos procedimentos cujas multas aplicadas aos infratores por crime ambiental sejam superiores a R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais).
PDC 499/2003	**Autor:** Dr. Rosinha - PT/PR. **Data de apresentação:** 29/7/2003 **Ementa:** Susta os efeitos da Portaria nº 764, de 24 de setembro de 1998, da Secretaria da Vigilância Sanitária, que dispõe sobre limite máximo de resíduos no solo do agrotóxico Glifosato.
PDC 48/2003	**Autor:** Eduardo Cunha - PPB/RJ. **Data de apresentação:** 15/4/2003 **Ementa:** Susta a aplicação do disposto no Decreto n°4.592, de 11 de fevereiro de 2003, do Poder Executivo. **Explicação:** Susta a aplicação do Decreto que isenta do pagamento de multa a importação de pneumático (pneu) reformado, recauchutado ou usado, procedente dos Países do Mercosul.
PDC 1/2003	**Autor:** Rodrigo Maia - PFL/RJ. **Data de apresentação:** 18/2/2003 **Ementa:** Susta a aplicação do Decreto nº 4.592, de 11 de fevereiro de 2003, do Poder Executivo, e dá outras providências. **Explicação:** Susta a aplicação do Decreto que isenta do pagamento de multa a importação de pneumático (pneu) reformado, recauchutado ou usado, procedente dos Estados Partes do MERCOSUL.

Tabela 2 – Projetos de Decretos Legislativos na Câmara dos Deputados tendo como parâmetro de pesquisa o fundamento no artigo 49, inciso V e normas do Poder Executivo que envolvam a tutela do meio ambiente.

Apenas na Câmara de Deputados, considerado o período de 2008 a 2012, não foi localizado qualquer Decreto Legislativo que tenha sido aprovado para sustar atos normativos do Poder Executivo, sejam resoluções, portarias, avisos, instruções ou mesmo dispositivos de Decretos.

É bem verdade que a rejeição ou o arquivamento por si só não representa mudança de entendimento do Congresso sobre os limites da função normativa do Executivo. É preciso verificar se essa postura está aliada, por exemplo, ao teor de leis promulgadas e pareceres conclusivos das Comissões que reconheceram a aludida função normativa.

Nesse sentido, é crescente o número de leis que reconhecem ou admitem, cada vez mais, a competência do Poder Executivo para regulamentar atividades por

meio de atos infralegais, inclusive aqueles editados por Agências Reguladoras, Conselhos Deliberativos sobre Política Ambiental, Educação etc.

Nota-se, por outro lado, em vista do grande número de atos normativos editados pelos órgãos do Executivo, afastadas a ineficiência e omissão, um reconhecimento pelo Legislativo, mesmo que de forma implícita, a essa função regulamentar desempenhada pela Administração Pública.

5.5. Dos instrumentos de participação popular no processo elaborativo das normas do executivo – o posicionamento do cidadão

A visão do cidadão não é diferente daquela que vem sendo construída pelo Poder Estatal.

Consideramos que há uma relação reflexa (intrínseca) entre a postura do Poder institucionalizado e o reconhecimento – sempre gradativo – de maior amplitude e força cogente aos atos normativos do Executivo no contexto ora experimentado pelo cidadão.

Esse reconhecimento não decorre apenas de uma posição passiva, ou seja, de sujeição aos comandos normativos editados pelo Poder Executivo, mas de uma participação efetiva, por vezes direta, no processo elaborativo de normas abstratas e gerais, inclusive por meio de contribuição material nos textos.

Referimo-nos, aqui, aos mecanismos de consulta popular, audiências públicas, participação em Conselhos Deliberativos e tantos outros atualmente contemplados no sistema jurídico brasileiro. Não nos esquecemos também dos instrumentos há muito previstos na Constituição, afetos ao processo legislativo formal, como, por exemplo, o referendo, o plebiscito e a iniciativa direta.

A participação popular traduz nos processos deliberativos da Administração Pública maior adesão e eficácia, materializando a própria essência de um sistema participativo, cuja importância e vinculação aos princípios orientadores da ordem constitucional são ainda mais imanentes que o tradicional sistema representativo (indireto) exercido pelo Legislativo.

Como bem ensina Fabiana de Menezes Soares (1996), a qualidade e mesmo

a própria vida da comunidade decorre dessa nova democracia que une os homens e os integra a partir de sua participação no processo decisório a que nos referimos. Os cidadãos concretizam o conceito de democracia participativa, contribuindo para a formação de decisões políticas[193].

Depreende-se da argumentação teórica da eminente professora que o sistema jurídico, ao admitir a participação popular na formulação e execução de políticas públicas, viabilizando juridicamente o acesso do cidadão ao processo decisório da Administração Pública, propicia, como resultados, sua melhor integração, racionalização de conteúdos normativos, maior legitimação e o desenvolvimento de auto-determinação e da emancipação do cidadão na sua comunidade[194].

A força da participação popular direta no regime democrático salta aos olhos, principalmente quando a reprimenda feita à capacidade normativa do Poder Executivo decorre justamente do argumento de ausência de legitimidade.

Ora, não há como prosperar tal defesa, se o cidadão manifesta, adere, constrói a norma, o regulamento, o ato regulatório que irá disciplinar suas relações. Há, na verdade, uma co-gestão. Uma co-autoria direta. Há reafirmação de que o poder emana do povo e somente deverá ser exercido indiretamente quando a forma direta for impossível ou inviável. Esse é o comando da "Constituição cidadã"[195], ao menos tal como deve ser interpretado.

Esse espírito de democracia participativa está presente em diversos regimes democráticos que priorizam instrumentos de participação direta como forma de respaldar as escolhas da Administração, a elaboração de sua agenda de governo, a construção de políticas públicas que satisfaçam concretamente os interesses de seus destinatários.

Na era da informação, da tecnologia digital, o mundo se prepara para ampliar os canais de controle direto e de democracia participativa. Sistemas em plataforma virtual são capazes de alcançar a maioria dos cidadãos, permitindo, inclusive, processos eletrônicos de votação. Não é difícil imaginar que, em um futuro não tão distante, os cidadãos poderão participar do processo legislativo diretamente,

[193] SOARES, 1996, p. 108.
[194] Ibid., p. 103.
[195] Termo utilizado por Ulysses Guimarães enquanto presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

fazendo suas escolhas por meio de tecnologia que traduza imediatamente o conteúdo normativo, impactos, setores atingidos etc., alternando o tipo de linguagem para cada tipo de leitor e grau de alfabetização.

Não nos esquecemos da lição de Norberto Bobbio (1986) ao afirmar sua preocupação com a ideia de participação direta por todos os cidadãos junto ao Poder para a edição de normas e definição das Políticas Públicas.

> "(...) é evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade."[196]

Não obstante, não precisamos ir ao futuro para reafirmar a viabilidade de participação direta do cidadão nos processos regulatórios em diversos casos. Podemos constatá-la em práticas já adotadas no Brasil e no mundo.

Conforme já citado, nos Estados Unidos da América, temos as denominadas *Independent Regulatory Comissions or Agency*, cujas atribuições, na acepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), são quase legislativas. Todo o processo regulatório que desempenham pressupõe certa independência. Seus limites foram sendo estabelecidos ao longo dos anos, baseados em fenômenos empíricos que lhes exigem cada vez mais controle. De qualquer modo, o que se pretende asseverar acerca de sua função quase-legislativa é a participação efetiva, no processo regulatório, dos destinatários de suas normas.

A matéria é levada tão a sério no sistema norte-americano de *common law* que foi promulgada a Lei sobre Negociação de Regulamentos (*Negotiated Rulemaking Act*), a fim de que os titulares de interesses afetados pelo regulamento pudessem participar da elaboração antes mesmo de iniciado o procedimento previsto na lei de Procedimento Administrativo[197].

Conforme ensina Di Pietro (2006), baseando-se em Dorda, a técnica

[196] BOBBIO, 1986, p. 42.
[197] DI PIETRO, 2006, p. 202

atenderia basicamente a dois objetivos: a) a superação da rigidez, complexidade e litigiosidade causada pelos modelos preexistentes; e b) os regulamentos pactuados permitiriam a conciliação de interesses em conflito, mais semelhante ao processo político do legislador do que ao modelo repressivo do Judiciário, imposto no funcionamento da Administração Pública norte-americana[198].

No modelo brasileiro, a participação direta do cidadão será manifestada nos procedimentos normativos do Executivo, que congregam as consultas populares, audiências públicas, conselhos de políticas públicas e, ainda, mesmo que teoricamente, nas Agências Reguladoras. Esses mecanismos revelam os mesmos objetivos acima citados para o caso das *Independent Regulatory Comissions* dos EUA.

Note-se a busca constante do Executivo ao inserir aludidos instrumentos em seus processos normativos para evitar a judicialização, superar o rigor formal e aproximar o discurso do cidadão diretamente impactado por suas decisões, conferindo-lhes maior legitimidade.

A distinção muito bem traçada por Fabiana de Menezes Soares (1996) entre consulta popular e audiências públicas deixa indene de dúvida seu posicionamento quanto à incoerência, em muitos casos, entre a soberania popular e a ausência de vinculação do Poder Público às manifestações colhidas diretamente do povo.

> "A consulta popular e a audiência pública não são expressões sinônimas. A consulta popular indica que a Administração Pública coloca sob a avaliação popular um dado projeto, política ou regulamento que pode ser da sua própria autoria, co-autoria com a população, ou de autoria exclusiva desta, para que a população opine. O Poder Público pode ou não aceitar as sugestões ou objeções expressadas. A nosso ver essa atitude não alcança plenamente o fim da participação, bem como o exercício direto da soberania consagrado na CRFB/88, art. 1º, parágrafo único."[199]

Tanto a consulta popular como também a Audiência Pública estão previstas em diversas leis como procedimentos necessários para a elaboração de políticas públicas, definição de atos normativos do Executivo, etc. Na seara do direito ambiental e urbanístico, aliás, trata-se de uma constante.

---

[198] Ibidem.
[199] SOARES, 1996, p. 119.

Como bem assevera Fernando do Nascimento Lock (2004), a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidade prevêem a realização de audiências públicas nos processos de elaboração e discussão dos Planos, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei do Orçamento Anual. Já nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, o poder executivo e o legislativo devem ouvir a população no processo de elaboração das leis ali especificadas[200].

Essa valorização da participação da sociedade no processo regulamentar como importante meio de legitimação de seus atos motivou o Estado de Minas Gerais a editar o Decreto nº 45.602, de 13 de maio de 2012, que dispõe sobre o "processo de consulta pública no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo".

Nos termos de seu artigo 1º, o processo de consulta pública visa orientar, padronizar e assegurar a participação da sociedade nas decisões administrativas.

O aludido decreto define a consulta pública como sendo o procedimento que "permite" a participação de órgãos, entidades ou cidadãos na elaboração de atos administrativos normativos ou de anteprojetos de lei de interesse geral e caráter especial. Admite-se, ainda, a consulta pública para a elaboração de atos administrativos concretos.

Esse tipo de regulamento, além de expressar a importância do instrumento, evidencia a preocupação do Poder Público estadual em estabelecer mecanismos de controle sobre os denominados "grupos de pressão" da sociedade civil perante seus agentes. Significa dizer que tanto minorias quanto maiorias podem e devem participar do processo decisório político, mas devem fazê-lo na forma regulamentar, afastando desvios ou atos que possam atentar contra legalidade, transparência, moralidade, isonomia, publicidade, impessoalidade e demais princípios positivados do regime jurídico-administrativo.

Esse tipo de regulamento ganha relevância, inclusive, como forma, mesmo que tímida, de enxergar uma futura normatização da atividade de lobby no Brasil. Algo que deve ser feito de modo transparente, assegurando-se o contraditório e a possibilidade de manifestação legítima dos interessados por uma decisão do Poder

[200] LOCK, 2004, p. 128-129.

Estatal. Desse modo, uma vez regulamentado, afastam-se desvios e compromissos que sejam feitos às portas fechadas, às escondidas ou apenas em pequenos círculos do poder.

Outro meio de assegurar a participação popular no processo decisório do Poder Executivo é a denominada concertação. Fabiana de Menezes Soares (1996) ensina que sua característica principal é a relação direta entre o Poder Público e os cidadãos no interior de órgãos públicos e fora deles, permitindo o intercâmbio de ideias e posicionamentos, assim como a troca de experiências durante processos de tomada de decisão[201]. Trata-se, em linhas gerais, dos famosos conselhos de Administração Pública ou de políticas públicas.

Alcança-se, nesses casos, um nível avançado de participação, já que os cidadãos se integram efetivamente à tomada de decisões, aderindo de forma expressa e mais facilmente aos enunciados postos pelo Poder Público. Da mesma forma, se vinculam à Administração Pública, traduzindo um dever de cumprimento e de aceitação da vontade popular manifestada nestes Conselhos.

Sua atribuição normativa, dentro da esfera do Poder Executivo, confere maior legitimidade aos seus atos regulamentares, contribuindo ainda mais para a dimensão de legalidade que defendemos em virtude de sua vinculação ao direito de participação da sociedade e exercício de sua soberania como verdadeiro titular do poder[202].

Não obstante, quando ocorre dentro do Poder Público a eleição dos membros do Conselho, alerta-nos Fabiana de Menezes Soares (1996) que a participação é indireta, não devendo haver confusão com o sentido de democracia direta. Válido transcrever:

> "Na verdade, esse tipo de participação, dentro do Poder Público, traduz-se numa forma indireta. É interessante notar que a eleição administrativa (e não mera escolha feita pelo Poder Público) que vise a legitimar o representante da comunidade nos conselhos, apesar de PPA dentro da Administração Pública, não possuirá o mesmo status jurídico da consulta popular. Nesta, a deliberação expressa não é fruto da mediação, é direta. A participação nos conselhos será democrática se feita diretamente através da eleição da

[201] SOARES, 1996, p. 127.
[202] Ibid., p. 128.

> comunidade envolvida ou dentro das próprias associações, sem a interferência do Poder Público."[203]

O Brasil adota este modelo de participação popular no subsistema do direito ambiental, contemplando os Conselhos deliberativos (com funções normativas) que congregam representantes da sociedade civil, setores acadêmicos, científicos, industriais, organizações não governamentais de defesa do meio ambiente e Poder Público, entre outros. A definição decorre de previsão expressa na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/81, artigo 6º, inciso II)[204].

A experiência do Direito Ambiental brasileiro é impar, o que será inclusive objeto de capítulo específico adiante. Não obstante, no momento, impõe-se demonstrar o reconhecimento e validação pela sociedade da importância de sua participação no processo discursivo das normas ambientais.

À guisa de exemplo, parece válido citar o caso do Conselho Estadual de Política Ambiental no Estado de Minas Gerais, um órgão normativo, colegiado, consultivo e deliberativo, subordinado à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), e atualmente regulamentado pelo Decreto Estadual nº 44.667 de 2007.

Dentre as suas atribuições, compete deliberar sobre diretrizes, políticas, normas técnicas, padrões e outras medidas de caráter operacional relacionadas à preservação e à conservação do meio ambiente e dos recursos ambientais, bem como sobre a sua aplicação pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD) e pelas entidades a ela vinculadas.

Sua estrutura é complexa, sendo composta pelas seguintes instâncias decisórias: I - Presidência; II - Plenário; III - Câmara Normativa e Recursal - CNR; IV - Câmaras Temáticas: a) Câmara de Energia e Mudanças Climáticas - CEM; b) Câmara de Indústria, Mineração e Infra-Estrutura - CIM ; c) Câmara de Instrumentos

---

[203] SOARES, 1996, p. 129.

[204] Lei Federal nº 6.938/81: Art. 6º Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: (...)II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

de Gestão Ambiental - CIG; d) Câmara de Atividades Agrossilvopastoris - CAP; e) Câmara de Proteção à Biodiversidade e de Áreas Protegidas – atualmente em número de 10 (dez), mas podendo chegar a 14 (quatorze).

A força do Conselho Estadual de Política Ambiental não decorre apenas de imperativo de lei formal infraconstitucional e decreto regulamentador. A Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe que as normas regulamentares e técnicas para a proteção do meio ambiente e controle da utilização racional dos recursos ambientais serão estabelecidas por meio de órgão colegiado com a participação da sociedade civil[205].

Desse modo, possui relevância e atribuição definida originariamente por norma constitucional. Em outras palavras, a competência normativa desse Conselho, integrante da estrutura do Poder Executivo, não decorre exclusivamente de delegação do Legislador infraconstitucional e tampouco está restrita a regulamentos executivos de leis formais.

Por definição legal, a composição do Conselho deve ser paritária entre o Poder Público e a sociedade civil, assegurada a participação dos setores produtivos, técnico-científicos e de defesa do meio ambiente[206].

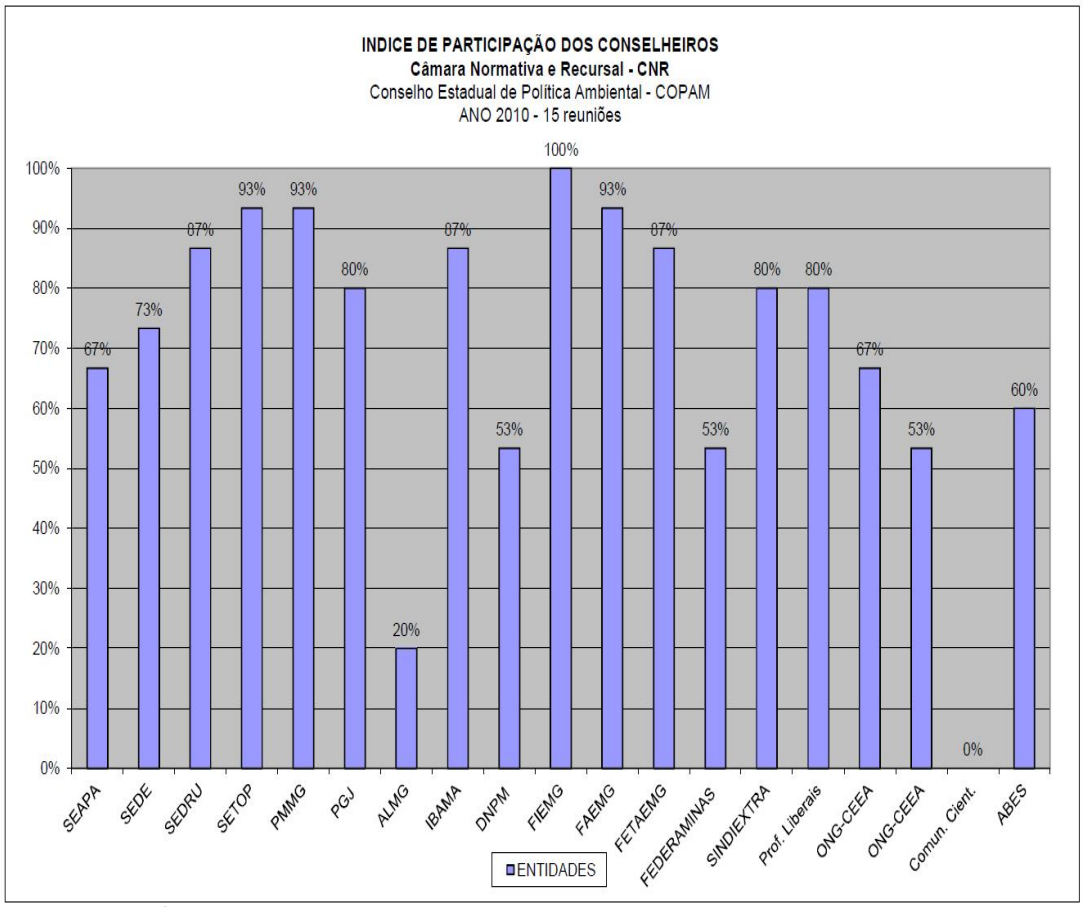
Seu processo eleitoral, embora não seja pleno, como ocorre nos cargos públicos eletivos previstos na Constituição, visa assegurar o acesso da sociedade civil, estabelecendo a possibilidade de participação dos diversos setores que tenham afinidade ou sofram impactos diretos com a matéria discutida no âmbito do Conselho – integrantes de cada um desses grupos podem eleger seus representantes, bem como serem elegíveis.

---

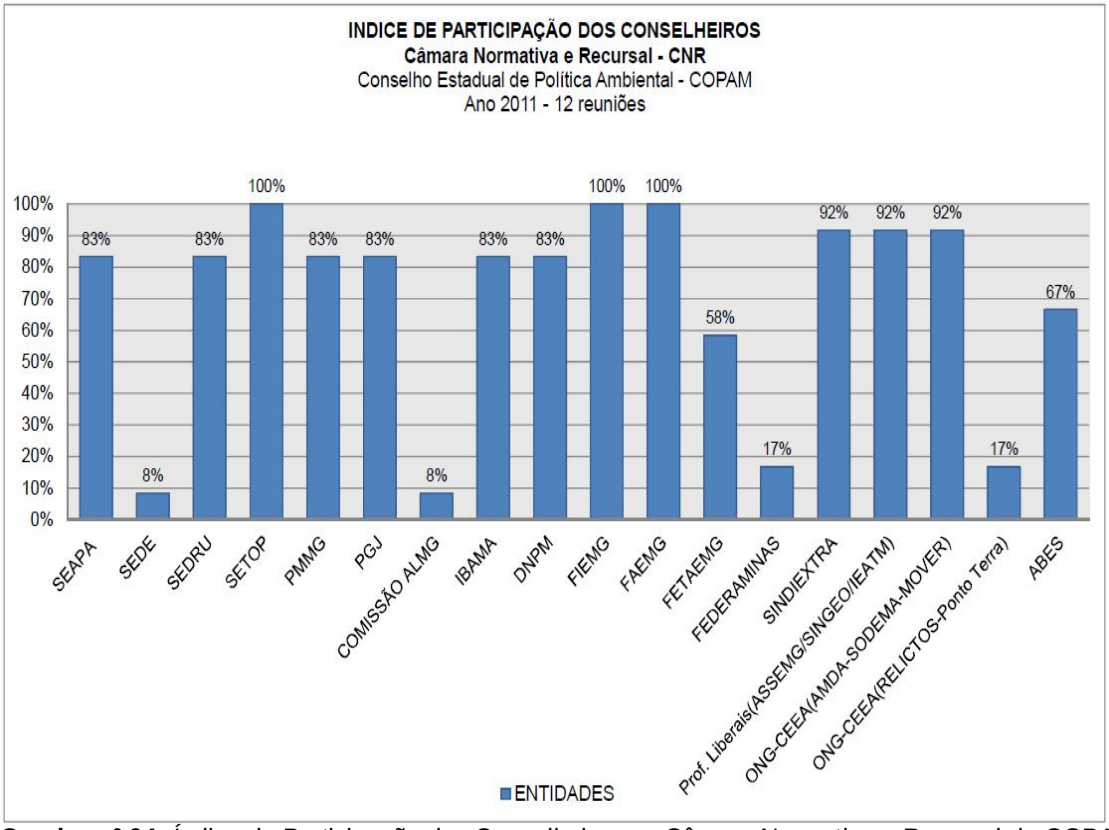
[205] Constituição do Estado de Minas Gerais. Art. 214 - Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras. (...) IX - estabelecer, através de órgão colegiado, com participação da sociedade civil, normas regulamentares e técnicas, padrões e demais medidas de caráter operacional, para proteção do meio ambiente e controle da utilização racional dos recursos ambientais;

[206] Os tipos de entidades que compõem o Conselho e mesmo a sua paridade são objeto de acirradas discussões. Muito se questiona quanto a efetiva paridade, considerando a força do discurso e o argumento de autoridade que alguns de seus membros se utilizam, prevalecendo-se, *data venia*, da ausência de conhecimentos técnicos e jurídicos, apesar de sua sensibilidade crítica aguçada. Por outro lado, questiona-se acerca da legalidade e constitucionalidade da participação como membros de representantes de entidade integrante da Administração Pública Federal, bem como do representante do Poder Legislativo Estadual e do Ministério Público. Argumenta-se que tal participação significaria formas de controle sobre a atuação do Poder Executivo estadual não previstas na Constituição do Estado, cerceando a independência daquele Poder, o pacto federativo e, no caso do Ministério Público, exercício cumulativo de função não tolerada aos seus membros.

Em um breve diagnóstico realizado sobre a atividade normativa do COPAM durante o ano de 2010, observou-se que foram editados 18 (dezoito) novos atos com significativa importância para o exercício de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Outro fato importante é o alto índice de participação (presença) dos membros às reuniões do COPAM representando a sociedade civil, como se verifica nos quadros seguintes.



Quadro nº 3: Índice de Participação dos Conselheiros na Câmara Normativa e Recursal do COPAM durante o ano de 2010. Fonte: www.semad.mg.gov.br



Quadro nº 04: Índice de Participação dos Conselheiros na Câmara Normativa e Recursal do COPAM durante o ano de 2011. Fonte: www.semad.mg.gov.br

Os quadros acima espelham apenas a participação dos Conselheiros do COPAM nas reuniões de sua Câmara Normativa e Recursal, aquela com atribuição recursal e deliberativa sobre as normas regulamentares e técnicas que serão editadas pelo Conselho.

Os maiores índices de participação são dos representantes da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (FIEMG), presentes a todas as reuniões em 2010 e 2011, bem como dos representantes da Federação da Agricultura do Estado de Minas Gerais (FAEMG), presentes a 93% (noventa e três por cento) das reuniões de 2010 e a todas reuniões de 2011. Sua participação supera, inclusive, a dos representantes do Ministério Público, presentes à 80% (oitenta por cento) das reuniões de 2010 e 83% (oitenta e três por cento) das reuniões de 2011, a quem também compete o direito de voto, além de exercer a fiscalização do cumprimento da lei.

Surpreende, por outro lado, que os menores índices de presença sejam dos representantes da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, já que

compareceram a apenas 20% (vinte por cento) das reuniões em 2010[207] e apenas 8% (oito por cento) das reuniões de 2011. Logo aqueles que possuem função legislativa por excelência, eleitos pelo povo como seus mandatários junto ao Estado, parecem não creditar a essa instância decisória o mesmo valor que seus eleitores.

Toda essa exemplificação presta-se a evidenciar que a sociedade civil reconhece e atribui força cogente aos atos normativos editados pelo Poder Executivo, notadamente quando aludidos atos decorrem de procedimentos que permitam sua participação, seja por meio de consultas e audiências públicas ou mesmo nos conselhos da Administração Pública.

A sociedade civil e o cidadão individualmente considerado manifestam, portanto, sua aceitação a essa nova dimensão de legalidade e de capacidade normativa do Poder Executivo. Ora por meio de simples postura de sujeito passivo, aderindo aos comandos normativos da Administração Pública, resignando-se em cumpri-los, ora reconhecendo-se como co-autor, por meio de procedimentos de participação que lhe permitem verbalizar seu discurso e contribuir materialmente com a edição de seus textos – como nos casos de consultas e audiências públicas ou participação em conselhos.

Quando esses atos decisórios da Administração Pública destoam da leitura interpretativa que o cidadão faz de seus direitos, inclusive os de índole constitucional, o sistema jurídico lhe assegura buscar a necessária reparação junto ao Poder Judiciário. O mérito administrativo deixa, então, de ser intocável.

A elaboração de políticas públicas, dentre outros atos abstratos ou concretos do Poder Executivo que lesem ou ameacem lesar direitos, não escapam do controle de legalidade e constitucionalidade, tal como foi visto nos itens precedentes. Por essas razões, a própria Constituição assegura ao cidadão os denominados remédios heróicos (mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*), bem como a Ação Popular e a Ação Civil Pública, além de admitir o controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

[207] Note-se que a comunidade científica não esteve representada em nenhuma reunião. A justificativas são desconhecidas pelo pesquisador e não se mostraram relevantes para o objeto da pesquisa, considerando os demais dados colacionados.

6. A IMPORTÂNCIA DA LEGÍSTICA

6.1. A legística, seus princípios e o impulso legislativo

Já vimos que a capacidade normativa do Poder Executivo deve estar afinada à concepção de legalidade ampla. A aceitação dessa prefalada legalidade parece-nos possível pela Teoria do Direito, por meio de diferentes correntes doutrinárias expostas acima.

Não obstante, o que constitui o objeto da pesquisa – e parece-nos ainda não ter sido alcançado – é a definição de limites (ou de balizas) para o exercício dessa função normativa pela Administração Pública. Expor os meios para que a integração do sistema jurídico pelo Executivo se faça através de critérios racionais e possam traduzir um nível de segurança e certeza tolerável pela democracia.

A partir de uma leitura positivista, a validade formal das normas jurídicas está apartada da moral. Por isso, torna-se o locus ideal para estabelecer objetivamente ditos limites ao processo elaborativo pela Administração Pública.

Todavia, na medida em que pretendemos contribuir para a formação de conclusões que ecoem na atualidade, por exemplo, entre as vozes do Supremo Tribunal Federal[208], não podemos fechar os olhos e ignorar a importância da corrente pós-positivista para aqueles que interpretam e aplicam o direito.

Como acima demonstrado, o pós-positivismo aceita a legalidade ampla para alcançar os valores que a sociedade reclama, o que dificulta a definição dos limites materiais e formais. Por isso, diante do espectro de justificação que permite a integração do Direito (pela corrente pós-positivista), torna-se ainda mais necessário estabelecer meios de controle, tal como pretendemos, obstando que o exercício democrático não seja falacioso e perverta-se em autoritarismo disfarçado de defesa de império da justiça.

O estudo da teoria da legislação, também denominada como Legística ou Legisprudência[209], encaixa-se como uma luva para alcançarmos o objeto da

[208] Ver por exemplo as decisões citadas nesta pesquisa no Capítulo 4.
[209] Não há consenso na doutrina quanto ao uso do termo legística, legisprudência ou simplesmente teoria da legislação. O importante é que o domínio do conhecimento que nos ocupamos preocupa-se tanto com o aspecto formal do processo elaborativo das normas postas, mas tambem pela qualidade

pesquisa, ou parte dele, a despeito de qualquer análise axiológica do conteúdo normativo, mas também admitindo sua incidência para a validade material das normas. Em outras palavras, a Teoria da Legislação aceita os critérios de validade defendidos pelas correntes positivistas e pós-positivistas.

Os instrumentos postos pela teoria da qualidade dos atos normativos traduzem, por assim dizer, balizas que, ao final, dissolverão a insegurança e a incerteza ou as colocarão em um patamar aceitável pelo Estado de Direito.

Tanto as correntes positivistas quanto as pós-positivistas traduzem insegurança na superação ou primado da lei formal (decorrente do processo legislativo). Em ambos os casos, há o receio do regresso social e da ausência de controle sobre os órgãos do Poder que tenham competência para executar as leis e também para elaborá-las.

A resposta da Legística será a legitimidade da norma a partir de uma fase inaugural; um momento de pré-concepção, ou pré-gestacional para fazer alusão à vida humana. Como se o embrião normativo fosse o resultado da fusão das demandas sociais a provocarem o impulso legislativo/regulamentar e, por conseqüência, o ambiente ideal para a decisão de legislar/regulamentar, exercendo a ponderação entre os conflitos existentes e identificando os limites para inovar na ordem jurídica.

O código “DNA” (a gênese da norma posta) exige a compreensão ou estudo do que efetivamente impulsiona ou desperta o seu processo criativo. Embora estudos dos campos da sociologia e da antropologia jurídica ofereçam eficientes recursos para a compreensão do sinal dos destinatários, a própria Legística apresenta instrumentos e meios para se avaliar os momentos de pré-concepção, concepção, vida e morte da norma posta. Mais: ela avalia cenários antes, durante e após a existência da norma jurídica.

A legística estuda, pois, desde o momento do indispensável “flerte” entre o autor/auditório, passando pela concepção (iniciativa) e o período gestacional, para romper o conforto e todos os desafios da vida intra-uterina (processo legislativo/normativo no interior dos órgãos dotados de capacidade normativa), e nascimento, ganhando vida no mundo jurídico, até a sua morte – que pode ser

---

de seu conteúdo.

natural ou provocada, considerando todas as possibilidades de exclusão da norma jurídica do sistema, até mesmo pela perda de sua eficácia ou não reconhecimento de seus efeitos.

Segundo Letícia Camilo dos Santos (2011), a legisprudência caracteriza-se por sua interdisciplinaridade, tornando possível reconhecer as incertezas, a complexidade e o caráter mutável do Direito. Por meio de seu estudo e da aplicação de seus instrumentos, objetiva-se a pacificação do meio social pela ordem e o exercício da liberdade[210].

A legística pretende, como uma teoria racional da legislação, atuar de forma complementar no campo da teoria do direito. Não mira na determinação do conteúdo exato das regras, mas na estrutura e funcionalidade de um sistema que se legitima democraticamente pela participação de seus sujeitos e destinatários no processo contínuo de constituição do direito.[211]

> "Como campo da teoria do direito e saber interdisciplinar, a legisprudência trabalha com elementos oriundos de diversas ciências que compõem suas representações sobre os valores e funções do direito na sociedade. O objetivo é a racionalização do processo de elaboração de atos normativos que têm origem nos Poderes Legislativo e Executivo, considerando o dever de justificação que se desdobra na qualidade material e formal do direito."[212]

A legitimidade apregoada pela Legística estará associada ao grau de eficácia dos atos normativos, o que exige analisar a qualidade formal e material do discurso positivado. É, segundo Kelsen (1998), por meio de um mínimo de eficácia que se atribui validade à norma integrante do sistema jurídico Todavia, é através de uma eficácia substantiva (importante) que se obtém o ideal de perenidade (com dinamismo). É a aceitação da norma pelo convencimento. Não pela força ou temor reverencial ao Estado-sancionador. Isto se dá, sobretudo, pela qualidade formal e material.

Assim, a Legística é doutrinariamente subdividida em legística formal e

[210] SANTOS, 2011. p. 12
[211] Ibid., p. 96.
[212] Ibid., p. 140

legística material. Ensina-nos Fabiana de Menezes Soares:

> "A Legística material reforça a faticidade (ou rea-lizabilidade) e a efetividade da legislação; seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado por meio da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico ou com a utilização de técnicas como check list, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes, que permitem tanto realizar diagnósticos e prognósticos como verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e os resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor.
>
> (...) A Legística formal atua sobre a otimização do círculo de comunicação legislativa e fornece princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativos." [213]

A legística material, muito além de condicionar regras de redação ou técnica legislativa (legística formal), visa identificar a transmissão de uma mensagem real e legítima do destinatário da norma, antes mesmo de deflagrado o processo legislativo (ou regulamentar), assegurando o contraditório durante o tramite procedimental e, finalmente, conferindo eficácia à lei (ou regulamento) após a sua promulgação (edição) e durante a sua vigência.

A Teoria da Legislação tem como um de seus objetos o momento anterior à própria decisão de legislar o não-direito. Se a Teoria Pura do Direito afasta o metajurídico e não se ocupa do período anterior à positivação, a Legística não desconsidera a sua importância, já que tem ressonância na razão humana, afirmando a sua vinculação com a eficácia e, por assim dizer, a legitimidade da norma posta.

Reconhece-se que todas as reflexões pré-legislativas (pré-regulamentares) são irrelevantes como regras obrigacionais ou assecuratórias de direitos (não integrando o sistema jurídico), mas defende que a legitimidade do que virá a ser construído, mesmo sob o prisma formal dos positivistas, exige observar a concepção, o caminho a ser percorrido entre o ser e o dever-ser – é a velha tensão entre o mundo "do ser" e do "dever ser" ensinada por Kelsen e já alhures exposta.

A qualidade dessas reflexões, a política legislativa e a decisão de

[213] SOARES, 2007, p. 8-9.

regulamentar devem ser resultado de um contraditório natural e provocado entre emissores e auditório, entre autores e destinatários. Natural porque deve ser espontâneo, fluindo da livre manifestação das partes interessadas. Provocado porque as instituições e autoridades legitimadas devem proporcionar oportunidades de acesso e discussão, estimulando o debate. Não há de ser necessariamente formal, mas deve ser material na medida em que viabiliza aos emissores conhecer os reclamos sociais, as demandas que obstam a pacificação e harmonia coletiva ou mesmo do indivíduo, individualmente considerado.

Dentre outras razões, aí se encontra o fundamento para que o devido processo legal (esculpido em normas constitucionais de Estados democráticos de Direito) inclua o procedimento legislativo e diversos instrumentos de controle como a publicidade, audiências públicas, consultas populares etc. Não se trata apenas de assegurar o exercício indireto do poder, mas é preciso manter a política legislativa alinhada com o pensamento e as reflexões de seus titulares. O impulso para legislar (regulamentar) decorre dessa circularidade, dos refluxos e influxos da comunicação entre destinatários e emissores da norma jurídica posta.

Como nos dizeres de Fabiana de Menezes Soares (2004), o processo de elaboração das leis (ou regulamentos) inicia-se antes mesmo de sua exteriorização gráfica. Trata-se de um fenômeno lingüístico-semiótico[214], em que o legislador/emissor deve identificar o sinal dos destinatários das normas. Aludido sinal é enviado por meio de demandas sociais que, traduzidas gráfica e qualitativamente, traduzirão um novo sinal (de retorno) para o destinatário (cidadão), orientando-lhe a aderir ao comando normativo ou sofrer as devidas sanções.

> "A proposta da Legística coloca em foco uma alteração na relação comunicativa entre o destinatário/atingido e o legislador no sentido de os aproximar. Nesse particular, o sujeito, seja emissor ou destinatário, possui uma vontade que a legislação ambiciona conformar. Todavia, em vez de se configurar tão-somente no súdito submisso ao poder estatal, que, por força da coerção, altera o sinal da conduta por medo da sanção, a proposta persuasiva da Legística coloca em evidência não só a possibilidade de constrangimento da vontade, mas também a possibilidade de uma escolha que ocorra por meio do convencimento e não pela força. Daí que esse processo interno de escolha de adesão ou não da proposta de conduta contida no ato normativo, pelo processo

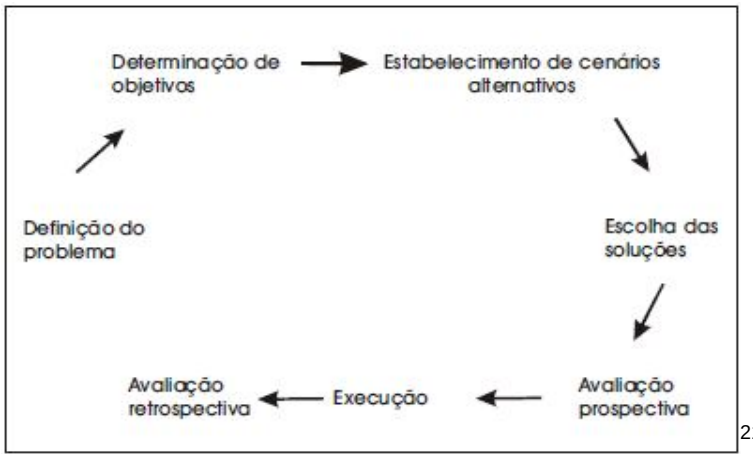
[214] SOARES, 2004. p. 25-63.

> intelectivo (no qual o sujeito deverá ser convencido de que a legislação é boa e, por isso, precisa ser respeitada), realiza a liberdade."[215]

Por meio dessa lógica lingüística-comunicativa, evidencia-se um potencial repertório de normas que poderão ser concretizadas. Ao integrar o sistema jurídico, a norma posta passa a ser o veículo transmissor de informação, capaz de alterar o sinal ou conduta do receptor, seja quando o mesmo age ou quando se abstém de agir[216]. Mais uma vez, a lição de Fabiana de Menezes Soares (2004):

> "A escolha do repertório, ou do tipo de direito que será assegurado ou regulado, se faz dentro do leque de possibilidades de intervenção do direito na sociedade, seja definindo critérios de decidibilidade ou antecipando medidas que evitem situações potencialmente conflituosas, e também concretizando garantias fundamentais que ganham novo colorido diante do influxo de necessidades antigas e novas, acentuadas no quadro da nova ordem mundial e do impacto tecnológico."[217]

Jean-Daniel Delley (2004) afirma que "*antes de redigir a lei, é preciso pensá-la"*[218]*.* A sua afirmação evidencia a defesa da legística substancial no processo de elaboração das normas postas. Cumpre, então, ao legislador (ou ao Executivo) adotar uma visão ampla, integrada e metódica do processo elaborativo, contemplando as diferentes fases (ou etapas) que contribuem para a decisão política.



[219]

[215] SOARES, 2007, p.8-9.
[216] SOARES, 2004, p. 25-63.
[217] Ibid., p. 33.
[218] DELLEY, 2004, p. 101.
[219] DELLEY, 2004, p. 102.

O gráfico acima foi proposto por Delley (2004), justamente para ilustrar a importância do método jurídico no processo normativo. Impõe-se, inicialmente, a definição de um problema, seguido pela determinação dos objetivos, levantamento de hipóteses, redação dos textos admissíveis (solução), avaliação prévia de impacto, aprovação e, indo além, avaliação *ex post* de impacto.

Se uma das finalidades da norma é alterar o sinal de seus receptores (destinatários), refletindo, portanto, uma ação comunicativa[220], como já afirmado, é imperioso que seu conteúdo traduza uma lógica democrática de atuação do Poder Estatal. O conteúdo legal deve ser a resposta do Parlamento (ou do órgão regulamentar) a uma tensão existente no contexto de sua aplicação.

Pelo que foi exposto até então, não é difícil compreender a importância de se aplicar efetivamente o método jurídico proposto pela Legística (material e formal) para o exercício da função normativa em toda a sua extensão – e não apenas à parcela contemplada pelo processo legislativo formal. A identificação do potencial repertório de normas, inicia-se, sobretudo, com a definição do problema a ser sanado.

Jean-Daniel Delley (2004) elenca de forma sistemática o caminho para "problematizar o impulso legiferante":

Problematizar o impulso legiferante

- **natureza**: em que consiste o problema
- **causas**: a quem atribuir o problema? Em que condições ele surgiu e quais são suas causas?
- **duração**: o problema é permanente ou temporário?
- **dinâmica**: pode-se observar uma evolução do problema (ciclos, regularidade, agravamento)?
- **meios envolvidos**: quem é afetado pelo problema e de que maneira, direta ou indiretamente?
- **Conseqüências**: o que ocorreria caso se omitissem os atores e setores envolvidos?

[221]

Como bem nos ensina o ilustrado autor, é necessário identificar cada um dos elementos acima para entender o "funcionamento do problema", definir os atores

[220] SOARES, 2004, p. 28-29.
[221] Extraído de DELLEY, 2004, p. 110.

envolvidos e seu comportamento diante dos efeitos do conflito, suas interações etc. Com base nos dados coletados e em sua compreensão lógica, será possível concluir sobre a intervenção estatal ideal e necessária para a solução da tensão existente.

Note-se que nem sempre o problema é resultado de um “vazio legal”, com as ressalvas que o termo exige. Pode ocorrer, por exemplo, que a lei vigente apresente deficiências até mesmo de técnica redacional. Portanto, o estudo e a definição do problema compreendem todo o contexto de justificação e de aplicação do ordenamento jurídico, contemplando ainda a discricionariedade do legislador acerca dos meios mais adequados para a intervenção do Estado, assim como a identificação dos limites precisos que o Poder Executivo poderá exercer a sua função regulamentar – seja por meio dos regulamentos autorizados (ou delegados), autônomos ou para simples e fiel execução de lei.

A importância da legística salta aos olhos na medida em que se reconhece uma competência originária ou derivada ao Poder Executivo para o exercício regulamentar. Desloca-se a discussão da velha premissa de que, ao Poder Executivo, não é possível inovar na ordem jurídica por regulamentos para admitir sua função integradora do sistema de forma ampla, movido por fenômenos empíricos, mas também sujeito a controles, visando a ocupar um espaço que, ao Legislativo, não é possível e tampouco permitido chegar.

Neste contexto, ao exercer sua função normativa, amparado pelas respostas que a Legística material e formal oferecem, o Poder Executivo passa a elaborar atos regulamentares dotados de validade formal (à luz Kelseniana), mas também portadores de uma mensagem axiológica cuja força cogente e validade material seus destinatários não podem refutar. A sua qualidade material e formal são resultado de um sinal inicialmente provocado pelo próprio destinatário do enunciado normativo, sendo, também por essa razão, portador de uma mensagem capaz de alterar condutas.

Em outras palavras, as normas regulamentares, observados os rigores do sistema escalonado e hierárquico de normas jurídicas (o que não obsta ou contraria a existência em hipótese alguma de regulamentos autorizados, independentes ou simplesmente para fiel execução de lei), são admitidas como portadoras de mensagens capazes de inovar no ordenamento jurídico consoante o próprio sistema

o defina, sem que se enseje violação ao Estado democrático e tampouco à separação das funções do Poder uno estatal.

Não se está a defender a aplicação dos instrumentos da Legística como condição única e superior de validade das normas jurídicas, mas seu papel contributivo essencial para reduzir antinomias no sistema e dotar as normas de maior eficácia – como conseqüência de uma adesão natural e espontânea ao cumprimento de seus preceitos. Traduzem balizas importantes e, portanto, necessárias à função normativa do Executivo, orientado que é, inclusive, pelos princípios da eficiência e da participação popular, para que não ultrapasse os limites que lhe são autorizados pelo sistema jurídico.

Se, de um lado, o reconhecimento dessa ampla capacidade normativa do Executivo colocaria em risco a soberania do sistema representativo, a tripartição do poder estatal e a própria democracia, de outro, a segurança da legitimidade dessa atuação, por meio dos instrumentos da Legística, corrobora de forma indene de dúvida para afastar tal argumento.

A Legística alcança o impulso da decisão de regulamentar, avalia o conteúdo e o sinal emitido pelo destinatário, mas também pelo agente normatizador. Os limites dessa atuação estarão assegurados por seu instrumental, ao lado da competência atribuída (reconhecida, autorizada, delegada) por uma norma posta superior.

Além de identificar o sinal dado pelo destinatário da norma e sujeito passivo das obrigações estabelecidas nos regulamentos, o Executivo identifica o sinal contido na norma jurídica legal que lhe autoriza o exercício da competência regulamentar. Esse sinal legal apresenta as características da unidade, coerência e ideal de completude exigidos pelo sistema jurídico e que deverão ser respeitados pelo regulamento. Se antagônico aos sinais dados pelos destinatários e pela lei de habilitação, o regulamento não deverá integrar o sistema jurídico, sendo inválido

Tomemos novamente o Direito Ambiental, subsistema do Direito que necessariamente contempla ampla capacidade normativa ao Executivo. A definição do problema, por meio de uma forma metódica, tal como proposta pela Legística Material, permite ao Legislativo e ao Executivo exercerem a integração do sistema com a avaliação prévia e posterior de seus impactos, identificando os cenários possíveis e os efeitos decorrentes de uma estratégia de ação, e até mesmo

idealizando a realidade almejada pelos destinatários da norma.

> "O círculo normativo se abre com a justificativa do impulso para legislar. Evidenciado na avaliação de impacto da futura legislação, atua no reordenamento do sistema jurídico em nome da manutenção da coerência (criação de barreiras às antinomias) e da consistência (densificação de comandos contidos em fontes legais por meio de atividade regulamentar para garantir a eficácia técnica), otimizando estratégias para o incremento do conhecimento real do Direito."[222]

As demandas sociais, seja para o desenvolvimento econômico, seja para a preservação do meio ambiente, exigem o reconhecimento da qualidade do sinal, o que se efetivará por meio de método que amplie a participação social, avalie objetivamente os impactos e permita ao autor direto da norma posta ponderar previamente, por exemplo, entre o licenciamento de uma atividade industrial ou sua proibição. Priorizar entre a preservação do meio ambiente e o exercício de atividade econômica, com base nesses instrumentos, passa a ser algo menos tormentoso, mais democrático, legítimo e associado a critérios racionais de integração do sistema.

> "A Legística material reforça, pois, a produção do Direito Consensual, concertada, que possa antecipar os efeitos sobre os destinatários/interessados e, desse modo, matiza o conceito do que venha a ser uma boa legislação.(...) Os efeitos dessa situação são intensificados pela proliferação legislativa oriunda não só da atividade contínua de legislação encetada pelos legislativos do País, mas também pela constatação de que a Administração Pública incorporou uma franca atividade de legislação. Nesse processo de densificação normativa (compreendida como o conjunto de medidas necessárias à plena atuação/incidência de uma dada legislação), nem sempre a implementação da legislação fica justificada; muito pelo contrário, as contradições, ambigüidades, se acentuam, deixando o sistema normativo instável e, por conseqüência, diminuem o nível de segurança jurídica, à medida que criam incerteza para o emissor/receptor das normas jurídicas quanto ao Direito vigente e ao seu teor, em face do esperado diálogo com outras fontes do Direito."[223]

A Legística defende a atuação legislativa e regulamentar baseada nos princípios da necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência,

---

[222] SOARES, 2007, p. 9.
[223] SOARES, 2007, p.10-11.

responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade**.** Em linhas gerais, a lição de Marta Tavares de Almeida (2007):

> "Para um programa de melhoria da qualidade dos actos normativos enunciam-se sete princípios: necessidade (consideração da real necessidade de uma norma), proporcionalidade (equilíbrio entre as vantagens de uma dada legislação e as limitações/obrigações que são impostas aos cidadãos) subsidiariedade (nível de adopção da legislação - deverá ser legislado, se possível, ao nível mais próximo do cidadão), transparência (procedimento de preparação da norma que permita o acesso aos trabalhos preparatórios), responsabilidade (determinação dos efeitos da norma, monitorização da execução da norma) acessibilidade e simplicidade (publicação de legislação compreensível, consistente e acessível aos cidadãos)."[224]

O princípio da necessidade consiste, basicamente, em alguns questionamentos. A norma jurídica é necessária? A sua matéria já não se encontra efetivamente regulamentada? Existe de fato uma tensão a ser sanada pelo Estado por meio de norma jurídica?

É com base nesse princípio que o Estado deverá evitar a proliferação de diplomas legais esparsos e normas administrativas dispensáveis. Mais: terá a melhor compreensão do não-direito. À guisa de exemplo, o cipoal de leis ambientais em virtude do exercício de competência legislativa concorrente, bem como atos regulamentares desnecessários, dificultam ou obstaculizam o conhecimento real por seus destinatários, além de promoverem a incompreensão de seus mandamentos e efeitos.

A ação legislativa/regulamentar deve ser exercida apenas quando essencialmente necessária, sob pena de criar restrições a outros direitos e garantias fundamentais com ofensa ao regime democrático. Não se deve olvidar de que a consideração do princípio da necessidade, como fundamento do método jurídico a ser aplicado, permite ao Poder Executivo compreender os limites da autorização legislativa, ou seja, o espaço deixado ou reconhecido ao regulamento.

O princípio da proporcionalidade traduz, por sua vez, o juízo de ponderação que devem ter os agentes do processo legislativo ou regulamentar. Impõe-se a análise criteriosa do custo-benefício das obrigações, permissões e proibições

[224] ALMEIDA, 2007, p. 95.

contidas no comando legal.

Ao se defender a aplicação de um juízo de proporcionalidade na edição de atos normativos abstratos e gerais, não podemos ignorar toda a teoria afeta à ponderação entre direitos fundamentais em conflito, mormente por se tratar nessa pesquisa do Direito Ambiental.

Gilmar Ferreira Mendes (2011) destaca, citando decisões do Tribunal Constitucional alemão, que o princípio da proporcionalidade tem o status ou qualidade de norma constitucional não-escrita, sendo associado à aplicação da análise de necessidade e de adequação do comando normativo. É adequado somente o meio que alcança (ou pode alcançar) os fins desejados; é necessário, se não havia outra forma de se alcançar os objetivos, senão pelo estabelecimento de normas legais que proporcionem restrições. Se existir meio menos gravoso para a regulamentação de ato restritivo de direitos, considera-se que os limites foram ultrapassados[225].

Desse modo, o princípio da proporcionalidade permite aferir se o autor direto da norma posta ultrapassou os limites de sua capacidade normativa, ou seja, se o legislador ou o Poder Executivo atuou na forma que lhe foi autorizada pela norma jurídica superior.

O princípio da transparência pode ser sintetizado pela ampla publicidade e a busca pelo conhecimento real dos atos normativos. Além disso, orienta a efetiva participação e debate com todos os envolvidos no processo normativo, assim como prevê instrumentos de controle diretos e indiretos sobre a atuação do autor da norma posta, evitando que grupos de pressão exerçam influência no processo decisório, sem o contraditório de minorias afetadas. Por fim, busca sempre a escorreita, idonea e reta atuação do agente público.

Esse princípio orienta inclusive a necessidade de justificação expressa. Não basta que o despertar legislativo e a ulterior positivação decorram de circunstâncias perceptíveis ou cujos motivos possam ser deduzidos a partir da leitura da norma posta. Impõe-se a justificativa expressa para que haja amplo e efetivo controle pelos destinatários, até mesmo sobre os critérios racionais adotados pelo autor da norma e a coerência, necessidade e proporcionalidade da ação normativa.

[225] MENDES, 2011, p. 255.

Na seara ambiental, a transparência se manifesta por meio de diversos instrumentos. Note-se que mesmo as normas administrativas, em sua grande maioria, são editadas por meio de Conselhos da Administração Pública, compostos por representantes da sociedade civil organizada, associações de defesa do meio ambiente, entidades do setor produtivo etc. Desse modo, busca-se o debate entre diferentes atores sociais e, ainda, o controle direto sobre o Poder Estatal, por meio de participação popular no discurso normativo.

O princípio da subsidiariedade consiste na aplicação do método jurídico mais próximo do cidadão (destinatário), baseado no pressuposto de lhe permitir acesso real ao processo decisório.

O princípio da responsabilidade refere-se ao comprometimento dos agentes diretamente envolvidos no processo de elaboração e aplicação das normas, para que elas alcancem sucesso durante a sua vigência.

Busca-se a responsabilização dos autores diretos do texto, aplicadores, executores, dentre outros, para que assegurem os meios necessários à eficácia e à efetividade da lei, evitando que ela se reduza a mero pedaço de papel[226].

O princípio da inteligibilidade orienta que a legislação deve ser resultado de redação acurada, própria da técnica legislativa, apresentando linguagem clara, coerente e compreensível, cujos preceitos são perfeitamente aplicáveis e exigíveis. O texto normativo deve ter, nesse sentido, clareza, precisão e ordem lógica.

Afinada ao princípio em tela, a Lei Complementar nº 95, de 1998, já citada neste texto, dispõe que a clareza, precisão e a ordem lógica, são atributos a serem perseguidos por toda e qualquer disposição normativa[227].

---

[226] Cite-se, por exemplo, o caso da Lei Federal nº 9.985, de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Cumpre aos autores diretos da lei, assim como ao Executivo, assim considerados todos os órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente, promoverem e garantirem os recursos necessários para a efetivação da norma legal e tutela do bem jurídico protegido. Não basta a mera definição legal de unidades de conservação, sem a sua efetiva implementação e análise concreta de cada caso no plano de aplicação do direito.

[227] Lei Complementar nº95 de 1998. Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: **I - para a obtenção de clareza:** a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter

No caso do Direito Ambiental, o princípio da inteligibilidade alcança relevância ainda maior sob o aspecto das terminologias técnicas e da grande interdisciplinaridade de suas normas.

Os conceitos técnicos de diferentes domínios do conhecimento, como é o caso de Economia, Biologia e Química, por exemplo, são invocados com freqüência em um mesmo diploma, impondo-se ao autor da regra conhecê-los e esclarecê-los para os futuros destinatários, sob pena de não ter eficácia, o que, aliás, ocorre com freqüência.

Por fim, o princípio da simplicidade orienta a construção normativa com a característica de textos breves, simples, objetivos e diretos. A legislação não deve, ela própria, criar obstáculos à sua vigência. Seria o caso, por exemplo, de uma Lei Federal fazer uma série de remissões a outras leis, ou então apresentar artigos, parágrafos, incisos e alíneas extensos, impondo condições à sua eficácia e comprometendo a sua integral aplicação.

Válida a reflexão de Fabiana de Menezes Soares (2004):

> "Se o processo do conhecimento é um processo de interpretação do mundo, este deve ser conhecido e pensado para que o direito, na sua dimensão discursiva pragmática, possa atuar com eficiência, isto é, efetivando a igualdade e a liberdade, os direitos e garantias fundamentais. (...) A burocracia e o formalismo exacerbados, interferem na relação entre Estado e Sociedade porque introduzem signos desconhecidos para uma das partes do discurso, a mesma parte que legitima e valida (através de uma mínima eficácia social normativa) as atuações estatais."[228]

---

estilístico; **II - para a obtenção de precisão:** a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes; **III - para a obtenção de ordem lógica:** a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

[228] SOARES, 2004, p. 57.

A identificação precisa do problema a ser objeto de intervenção do Estado, por meio de um processo metódico de elaboração das leis, inspirado nos princípios orientadores da Legística, mostra-se indispensável no cenário de constantes conflitos de ordem ambiental que se apresenta no Brasil. Conflitos, aliás, muitas vezes agravados pela crise do regime constitucional de competências concorrentes.

Letícia Camilo dos Santos (2011) elenca, com base nas lições de Wintgens, quatro princípios aplicáveis a Legisprudência: alternatividade, coerência, densidade normativa e temporalidade[229]. Guardadas as diferenças teóricas, não importando a etiqueta que se queira dar, todos os princípios têm como fim último a construção do sistema jurídico de forma racional, cujos comandos traduzam legitimidade democrática e eficácia.

O princípio da alternatividade traduz a necessidade de justificativa a ser dada pelo autor da lei (ou regulamento) para a edição do ato legal ou regulamentar. A criação de regras jurídicas é a alternativa necessária à ausência de regulamentação. Segundo Santos (2011), "o seu fundamento decorre da compreensão do sujeito como capaz de agir autonomamente por suas concepções de liberdade e, portanto, no fato de que não regular é melhor que regular"[230].

O princípio da coerência se opera em diversos planos, defendendo a compreensão do Direito como sistema. Logo, toda e qualquer integração deve ter a perspectiva de harmonia com o todo, afastando antinomias. Demanda, nesse sentido, um suporte argumentativo do legislador que, ao elaborar uma norma positivada, seja capaz de relacioná-la ao sistema e observar a sua interação social[231].

O princípio da densidade normativa seria a possibilidade de estabelecer, mediante um critério racional de proporcionalidade e por meio de justificações especiais, enunciados complementares e suplementares em níveis hierárquicos distintos para definir direitos e restrições.

Alcançar os objetivos da lei (da norma posta) exige o juízo de sopesamento a que nos referimos alhures, a fim de que as restrições definidas sejam as menos gravosas possíveis, limitadas ao necessário e adequado. Ao invés de sanções,

[229] SANTOS, 2011, p. 97.
[230] SANTOS, 2011, p. 97.
[231] Ibid. p. 99.

poder-se-ia buscar estímulos distintos para que o cumprimento da norma jurídica ocorresse de forma voluntária e de modo mais eficaz.

Por fim, o princípio da temporalidade traduz a necessidade de que o autor direto da norma jurídica observe em sua justificação os fenômenos empíricos que lhe impulsionam em sua decisão no contexto atual. As circunstâncias concretas que lhe informam (ou evidenciam) o problema do não-direito.

Reconhece-se que nenhuma norma jurídica será eterna, já que o direito, como sistema, é dinâmico. Assim, a eficácia de cada norma é limitada ao tempo que a sociedade a exige, de acordo com as interações que mantém. Os diferentes momentos históricos revelam, muitas vezes, que a justificação de uma norma no passado deixou de ser legítima no presente, o que se comprova pela perda de sua eficácia e, por assim dizer, de sua validade material e formal.

O método jurídico aplicado à luz da Legística apresenta-se como solução possível à insegurança e à incerteza proporcionadas pelo reconhecimento de uma função normativa ao Executivo. Traduz balizas que ressoam na justificação dos atos regulamentares e a necessária vinculação dos autores diretos das normas postas à temporalidade, coerência, densidade normativa e alternatividade.

6.2. Definição do problema (justificação racional), participação popular e avaliação de impacto (*regulatory impact assessment* - RIA)

O pensamento problemático a invadir o conteúdo decisório do autor direto das normas postas (emissor) deve ser, em parte, resultado de sua interação social. Deve-se buscar o sinal produzido por questionamentos sociais que, colocados à luz do direito positivado, não encontram solução. Fenômenos empíricos não resolvidos, salvo por integração normativa individual, que, por essa razão, exigem respostas por meio de normas positivadas. Visa-se a segurança e a certeza pacificadoras que a norma posta, geral e abstrata, teoricamente apresenta.

O não-direito expõe o intérprete e aplicador a uma situação de desordem diante de casos que exigem regulamentação. Nesses casos, prevalecerão, como sabemos, a afirmação daquele que melhores argumentos oferecer à luz do sistema normativo.

Daí mais uma vez a influência da retórica. Daí o risco de uma terrível violência às diferenças, já que, embora devam ser reconhecidas e isonomicamente consideradas (as diferenças), em um cenário de lacunas favorece-se o selvagem critério de seleção natural. Vence o mais forte, nem sempre o mais justo.

Nesse sentido, o poder da persuasão se dá pela força da retórica entre aqueles que, muitas vezes, não estão em igualdade para se manifestarem (verbalizarem suas necessidades e seus direitos), mostrando-se incapazes de dar azo ao discurso e fazer com que seus interesses alcancem os autores diretos das leis e regulamentos. Uma decisão normativa justificada nesses casos correria o risco (como de fato corre) de basear-se em premissas incorretas e inadequadas, regressando à ideia de justiça que valoriza a distinção entre forte e fraco, ao invés de fundar-se no que é adequado, racionalmente aceito por todas as instâncias decisórias e diante de todos[232].

Impõe-se considerar que, na justificação de uma decisão normativa, houve um processo de persuasão (legítimo ou não) capaz de influenciar determinado auditório (mesmo que seja o auditório formado pelos autores diretos das normas postas).

Essa persuasão não deve ocorrer pela força (em sentido literal) ou pela capacidade (como qualidade) particular do ator que verbaliza o argumento de tal sorte que convença apenas a determinado auditório específico.

Na verdade, a persuasão ideal deve ser resultado de argumentos capazes de convencer qualquer auditório com capacidade de formular racionalmente decisões, independentemente da qualidade daquele que verbaliza o argumento vencedor. Pergunta-se: aquele que oferece o argumento é um cidadão emancipado? Por outro lado, o que recebe a informação é um auditório emancipado (imparcial e capaz)? É preciso identificar o sinal, decodificá-lo, traduzir o conteúdo para a sua adequada positivação, integrando-o, quando necessário, ao sistema jurídico.

Toda essa fundamentação presta-se a defender que o impulso do legislador ou do Poder Executivo a regulamentar determinada matéria pressupõe o conhecimento do problema por meio de interação social e do instrumental da Legística.

---

[232] Acerca do tema, recomenda-se a leitura de Neil MacCormick (2008).

O discurso dos destinatários deve ser ouvido (contraditório) de maneira qualificada, admitindo suas diferenças, avaliando os impactos experimentados pela sociedade em virtude do vazio legal (ou regulamentar) e sinalizando sobre antinomias causadas pelo excesso ou insuficiência do sistema.

Mesmo em um sistema que admite a aplicação de princípios não positivados, mas que estejam afinados à ideia de justiça de tal modo que possa a Administração Pública amparar seus atos além da lei formal, a Legística apresenta meios concretos para margear e diagnosticar o pensamento problemático e a atuação normativa.

Evita-se, assim, a transfiguração de um problema real em utopia, ou mesmo a criação de novos problemas em virtude de ilusões causadas por bons argumentos morais – problemas reais decorrentes de uma ação normativa inadequada, incorreta e, portanto, desafinada aos atributos da coerência, unidade e completude do sistema jurídico.

A Legística permite ao autor (emissor) da norma positivada conhecer (identificar, decodificar) o problema social que exige regulamentação, concluindo-se, desse modo, que os limites da ação normativa não serão ultrapassados, além ou aquém[233] do exigido pelo sistema jurídico, contribuindo com subsídios importantes para a justificação racional da construção normativa.

Questiona-se, nesse ponto, como a Legística pode oferecer tanto ao autor direto da norma posta. A resposta em que nos baseamos relaciona-se ao conjunto de ferramentas colocadas à sua disposição para viabilizar a participação popular no processo decisório político, além obviamente do denominado "*regulatory impact assessment*" (avaliação de impacto regulatório).

A participação popular, assim entendida como a presença ativa no processo normativo do verdadeiro titular do poder, "interfere na formação do sentido das normas, no juízo de justificação das decisões formadoras da vontade do Estado"[234]. Os cidadãos não estarão presentes apenas no plano de aplicação do Direito, mas verdadeiramente na sua justificação. Há, por meio da produção participativa a ampliação do diálogo entre emissor e destinatário, franqueando um acesso privilegiado e otimizado ao conhecimento real do direito, maior adesão pelo

[233] Sempre válido lembrar que a inação ou a omissão do agente dotado de capacidade para editar normas é ilegal ou inconstitucional.
[234] SOARES, 2004, p. 31-32.

consenso e maior grau de realizabilidade. [235]

> "O emissor ao propor uma dado conteúdo e uma norma deve se valer de vários campos semânticos de modo a alcançar o máximo de inteireza da experiência social, isto é o mais amplo acesso ao acervo social do conhecimento, que objetiva o senso comum.(...) O fato é que a participação popular cria um canal entre o acervo social de conhecimento e a objetivação de inúmeros campos semânticos possíveis e úteis à produção normativa."[236]

A participação efetiva-se, como já ressaltamos nos tópicos anteriores, por meio de diversos meios: consulta popular, as audiências públicas, iniciativa popular, concertação, plebiscito, referendo, eleições etc. O cidadão é ouvido, consultado, mas também faz escolhas que o vinculam à Administração Pública. Aludidos mecanismos de participação viabilizam a futura decodificação do sinal emitido pela norma, assim como a mensagem para a sua elaboração. Por meio da participação popular, há o controle sobre a discricionariedade que estão investidos os emissores da norma jurídica posta.

Sob outra vertente, não dissociada do valor da participação popular no processo decisório, surge a avaliação de impacto regulatório (*regulatory impact assessment*). Anota Clarissa Tatiana de Assunção Borges (2011):

> "A marca fundamental da avaliação legislativa que impacta sobremaneira a justificação da legislação é a noção de efeito observada com o auxílio de um método. A compreensão de que a legislação é instrumento de intervenção estatal que visa a um fim previamente determinado e, portanto, está apta a coligi-lo, deve partir do auxílio de um conjunto de informações sistematizadas que corrobore a aptidão da legislação para alcançar seus objetivos."[237]

Tal ferramenta, de natureza interdisciplinar, presta-se a fornecer aos autores (emissores) do direito positivo uma análise prévia e posterior dos efeitos do comando regulamentar, tornando o seu alcance mais próximo do idealizado, evitando ou reparando incorreções e, ainda, traduzindo uma justificação racional para a inovação normativa.

---

[235] "A produção 'participativa' do direito é uma via de acesso da 'opinio iuris' (...), de modo a construir uma norma com maior possibilidade de efetividade ou com maior grau de 'realizabilidade'." Ibid., p. 48.
[236] Ibid., p. 43.
[237] BORGES, 2011, p. 86.

> "Ela aponta, enfim, uma nova racionalidade no processo de produção do direito, a qual pretende conciliar o uso de uma metodologia voltada para o planejamento legislativo à adoção de boas práticas direcionadas à simplificação, consolidação e harmonização do direito vigente, com o objetivo de garantir que as escolhas do legislador sejam mais informadas, claras e acessíveis a todos os envolvidos."[238]

A AIR (ou RIA em inglês) visa a efetividade, eficácia e eficiência das normas postas[239].

A efetividade perseguida representa o grau de adesão social. Ou seja. Os destinatários manifestam sua aceitação aos comandos normativos, dando cumprimento às normas obrigacionais e fazendo respeitar os direitos por aquelas reconhecidos.

A eficácia é a tradução dos objetivos alcançados pela norma posta. Não se pode perder de vista que o sistema jurídico é dinâmico, compreendendo que os objetivos da norma posta sofrem mutação com a realidade social de cada momento histórico.

Nesse sentido, novos objetivos, assim como o grau de eficácia, serão observados em cada contexto experimentado, não necessariamente vinculados àqueles idealizados pelo emissor da norma originariamente. Impõe-se observar se a norma é adequada – o que significa ser coerente com o sistema jurídico que integra, de acordo com o seu tempo.

O grau de eficiência é obtido por meio da avaliação do juízo de proporcionalidade a que nos referimos anteriormente. Trata-se do exercício de sopesamento feito em virtude das restrições que estabelece a lei, tal como os ônus sobre os destinatários, incluindo os impactos de custos suportados pelo Estado.

A avaliação pode ser *ex ante* (prospectiva) ou *ex post* (retrospectiva).

A avaliação *ex ante* (prévia ou prospectiva) visa maximizar a qualidade do ato normativo, analisando os fenômenos empíricos que impulsionam a decisão de legislar/regulamentar. Ou seja: identifica, define, avalia o problema que carece de

---

[238] SANTOS, 2011, p. 143.
[239] MADER, 1991; SOARES, 2004; BORGES(2011); SANTOS (2011).

regulamentação; realiza prospecção de seus efeitos, não apenas sobre os valores imateriais defendidos pela sociedade, mas também aspectos de outra ordem, como impactos orçamentários, na economia etc. O procedimento ocorre antes da vigência do ato normativo. Para Jean-Daniel Delley (2004), o método *"visa informar, com a maior precisão possível, o conjunto dos efeitos potenciais das medidas vislumbradas. Trata-se de uma abordagem de otimização que procura evidenciar as condições da melhor escolha"*[240].

O segundo método de avaliação considera os impactos já experimentados pela sociedade, os objetivos alcançados, incorreções observadas durante a vigência, etc. Como bem alerta Delley (2004), mesmo as avaliações restrospectivas exigem cuidado, não sendo certo que os efeitos sofridos no passado revelam a necessidade de mudança para que não se repitam no futuro[241].

Percebe-se, no cenário brasileiro, grande dificuldade para se implementar as avaliações prévia e posterior de impacto, tanto no âmbito do Legislativo como no Executivo. Em nível federal, desconhece-se a realização de avaliações de impacto que tenham sido objeto de ampla divulgação, não obstante tenham tais avaliações previsão no Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, mesmo que de forma tímida. É o que se verifica no questionário constante em seu anexo I.

O Estado de Minas Gerais adota, a partir da Lei Complementar nº 78, de 2004, os princípios da Legística, tal como o fez a União por meio da Lei Complementar nº 95, de 1998, acima citada. Note-se, ainda, a criação de um "Núcleo de Legística" para atuar junto a Secretaria de Estado de Casa Civil e Relações Institucionais, tendo por finalidade desenvolver métodos e procedimentos voltados ao aprimoramento dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo.

Dentre as atribuições do referido Núcleo, deverá criar metodologia para avaliação de impacto de atos normativos específicos, promover e disseminar estudos técnicos de Legística e propor diretrizes e padrões para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo[242].

---

[240] DELLEY, 2004, p. 139.
[241] Ibid., p. 140.
[242] A propósito, v. Lei Delegada nº 180, de 20/01/2011, e Decreto Estadual nº 45.682, de 09/08/2011. A nosso sentir, o Núcleo de Legística criado pelo Estado encontraria importante subsídio para suas ações nas pesquisas desenvolvidas pela Escola do Legislativo, integrando a ação do Executivo à Assembléia de Minas Gerais. Da mesma forma, o "Observatório pela qualidade das Leis", projeto

Apesar de sua criação em 2011, ainda não se verificou terem sido implementadas significativas avaliações de impacto no campo da legislação mineira, mormente na seara da tutela do meio ambiente.

Observa-se maior tendência aos instrumentos de avaliação de impacto (não com o rigor técnico proposto pela Legística) na legislação de Belo Horizonte, a qual estabelece a possibilidade de, a cada 4 (quatro) anos, o Poder Executivo rever e propor alterações na lei de uso e ocupação do solo e no Plano Diretor, por meio de conclusões obtidas em Conferência Municipal de Política Urbana.

Nos termos do artigo 82 da Lei Municipal nº 7.165, de 1996, a Conferência Municipal de Política Urbana deve ocorrer após ampla convocação, devendo participar, debatendo e votando, representantes do Executivo, de órgãos técnicos, da Câmara Municipal e de entidades culturais, comunitárias, religiosas, empresariais e sociais.

Importante lembrar que foi a partir das conclusões da Conferência de 2009 que se introduziram diversas modificações significativas no Plano Diretor e na Lei de Uso e Ocupação do Solo atualmente vigentes em Belo Horizonte. Cabe à Conferência avaliar a condução e os impactos da implementação das normas desses diplomas, bem como sugerir suas alterações.

Como demonstrado, a Legística propõe:

a) Amplo instrumental para que a atividade normativa do Executivo apresente qualidade ideal tendente ao máximo de eficácia, efetividade e eficiência desejadas por seus destinatários, o que pressupõe a justificação racional para a produção do direito;

b) A participação popular (direta ou indireta), seja priorizada a partir de meios que reconheçam as diferenças no discurso dos destinatários das normas, ampliando o contraditório no processo normativo e sua legitimação social;

c) A avaliação de impacto *ex ante* e *ex post* são meios eficazes de controle da atividade do Executivo, como o são (ou deveriam ser) para o Legislador, tendo como objeto o momento de pré-concepção da norma posta e fornecendo os

---

desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais apresenta relevante produção científica sobre o tema, o que deveria ser objeto de análise pelo Governo mineiro para implementar suas ações.

subsídios para uma justificação racional.

Por meio do instrumental da Legística, viabiliza-se, portanto, um canal de legitimação dos atos normativos do Executivo, de modo a sanar (ou minimizar) a tensão provocada pela inovação no ordenamento jurídico e os aparentes conflitos entre a teoria de separação das funções estatais e a legalidade ampla.

7. A DEFINIÇÃO DE LIMITES DA FUNÇÃO REGULAMENTAR

7.1. Classificação

Como visto, o Poder Executivo é dotado de capacidade normativa, independente de delegação do Poder Legislativo para o seu exercício. Tem competência própria para editar regulamentos e participar de uma função legislativa nos termos que a Constituição o autoriza, mas também a legislação infraconstitucional, conforme o caso. Em outras palavras, poderá o Executivo exercer uma função normativa primária e secundária consoante a lei de habilitação, assim entendida até mesmo a Constituição.

Afirmamos, nos capítulos precedentes, a existência no sistema jurídico brasileiro de três tipos ou classes de atos regulamentares: a) autônomos; b) autorizados (ou delegados); e c) executivos. Cada um com características específicas já amplamente expostas.

Verificamos que o instrumental da Legística viabiliza-se como meio de minimizar a tensão provocada entre a legalidade ampla e a separação das funções legislativa, executiva e jurisdicional, propondo mecanismos de controle sobre o exercício da função normativa pelo Executivo, inclusive no que toca a chamada discricionariedade na decisão de regulamentar.

Tudo isso nos leva a considerar que a capacidade normativa do Poder Executivo possui limites materiais e formais, com o que nos ocuparemos a seguir.

Os limites materiais referem-se ao conteúdo. O sistema jurídico admite que determinadas matérias sejam objeto apenas de regulamentos do Executivo, e outras sejam reservadas apenas a atos do Legislativo. Há, ainda, os casos de normas postas editadas por ambos, em situações de complementaridade, integração e subsidiariedade.

Na limitação material, o que se tem principalmente em mira é a ideia de legalidade (ampla ou restrita) que nos ocupamos nos primeiros capítulos. Impõe-se diferenciar até que ponto poderá o Executivo dispor acerca de direitos e obrigações, regulamentar atividades e cumprir fielmente o disposto em leis formais. É necessária a definição de um espaço de discricionariedade ao Executivo para integrar o sistema

o jurídico, admitindo casos em que sua atuação estará rigidamente vinculada ao comando legal, sem margem para inovações (a grande maioria), sob pena de caracterizar os fenômenos da delegação legislativa ou deslegalização.

Os limites formais referem-se às restrições procedimentais, de competência, publicidade, observando-se, ainda, a hierarquia escalonada de regras no sistema jurídico etc.

7.2. Os limites materiais

7.2.1. O núcleo intangível dos direitos fundamentais – limite dos limites

Os direitos fundamentais decorrem de um reconhecimento social mútuo e um autoreconhecimento emancipado. Ainda quando implícitos na ordem constitucional, constituem garantias em favor das pessoas, orientando sua proteção e concretização por meio de ações positivas e negativas do Estado. Revelam normas de eficácia imediata, vinculando Estado (agentes públicos, Administração direta e indireta), bem como os cidadãos nas suas relações privadas.

São, de tal forma, imperativos, que, apesar de emanarem do povo, protegem-lhe contra si próprio em suas manifestações volitivas, afastando as paixões momentâneas, as lesões contra as minorias ou maiorias, enaltecendo a igual dignidade da pessoa humana e reprimindo o retrocesso.

Sem embargo de toda construção doutrinária, positivista ou não, bem como dos diferentes critérios utilizados para sua definição (critérios formal-jurídico, material etc.), os direitos fundamentais são traduzidos por esse sentimento coletivo e individual acerca de sua validade, efeitos e eficácia.

São como trunfos em um jogo de cartas, recorrendo à ideia originária de Dworkin (1977)[243]. O direito fundamental prevalece por sua qualidade e força, assim como a carta de trunfo prevalece sobre todas as outras em um jogo de baralho.

Jorge Reis Novais (2006) esclarece bem essa concepção de direitos fundamentais como trunfos, desenvolvendo seu sentido originariamente aplicado por

[243] DWORKIN, 1977 apud NOVAIS, 2006, p. 28.

Dworkin, para nos ensinar que:

> "Por outro lado, para além de uma função directamente orientada à garantia da qualidade da democracia, a concepção dos direitos fundamentais como trunfos significa, tambem, a protecção de todos os direitos fundamentais da pessoa contra restrições essencial ou determinantemente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências particulares ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjunturalmente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas. Por último, é um recurso especialmente adequado à protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos cuja debilidade, isolamento ou marginalidade não lhes permita, mesmo em um quadro democrático, a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia de seus direitos fundamentais através dos meios comuns da participação política ou da luta social ou sindical."[244]

Há de se entender, portanto, que constituem os direitos fundamentais o conteúdo sempre integrativo e ampliativo de garantias do ser humano em favor de suas liberdades. São os comandos de otimização, lembrando Robert Alexy (2008), em favor da soberania popular e da construção de um cidadão verdadeiramente emancipado. Finalmente, a igual consideração às necessidades sociais, ao acesso real à tutela jurisdicional e à participação na construção normativa e das decisões estatais.

A propósito, José Adércio Leite Sampaio (2003) apresenta interessante posição:

> "Mas os direitos fundamentais não são apenas direitos no sentido jusprivatista. São vinculações, mandados e objetivos referidos a aspirações, necessidades e interesses humanos que se adscrevem ora como nítidos dispositivos de direitos subjetivos, ora como enunciados de princípios e tarefas estatais (e às vezes individuais e sociais) de hierarquia constitucional. Mesmo os enunciados que prescrevem direitos subjetivos estão acompanhados de comandos objetivos direcionados para o Estado com vistas a uma obrigação de fazer (garante o livre exercício dos direitos de cunho liberal por meio de prestações jurídicas e políticas – de segurança, de burocracia orientada para a defesa desses direitos – e realizar o conteúdo dos genericamente chamados 'direitos sociais'). Mas é preciso ter-se em conta que essa dimensão objetiva sedimenta uma aspiração coletiva, criando, em contrapartida,

[244] NOVAIS, 2006, p. 32.

> um dever coletivo de cuidado e respeito e um ônus individual de relativa indisponibilidade."[245]

O direito fundamental traduz vinculações diretas. É guia orientador do sistema jurídico infraconstitucional, das ações estatais e entre particulares, compreendendo um conteúdo mínimo existencial capaz de afastar ou elidir quaisquer restrições.

Nesse sentido, ao se admitir que o Poder Executivo está vinculado a uma legalidade ampla, reconhecendo-lhe uma capacidade normativa com limites materiais e formais para a edição de atos regulamentares autônomos, autorizados e executivos, a maior limitação material que se lhe impõe é o núcleo intangível dos direitos fundamentais, afinados que somos à teoria dos limites dos limites.

Não se trata de uma particularidade da função regulamentar do Poder Executivo, mas de toda a função normativa integrativa do sistema jurídico, inclusive o Poder constituinte derivado e decorrente.

É de tal sorte a sua vinculação direta aos direitos fundamentais que o Poder Executivo estará, diante da omissão do legislador ou devido a lacunas legais, autorizado a normatizar individualmente determinada matéria integrando o sistema jurídico para a adequada proteção de direitos fundamentais no exercício de sua atividade institucional. Nesse mesmo sentido, ainda que autorizado a editar regulamento por uma lei, não deverá fazê-lo se esta impingir flagrante ofensa a direitos fundamentais.

Em extrema síntese, a teoria dos limites dos limites apregoa a existência e defesa de um núcleo essencial dos direitos fundamentais. A intocabilidade desse conteúdo mínimo é condição para a própria existência do direito fundamental.

O assunto encontra vozes na doutrina constitucional brasileira, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes (2011), Virgilio Afonso da Silva (2011), Bernardo Gonçalves (2011), dentre outros.

Como bem anota Virgilio Afonso da Silva (2011), a ideia de um núcleo essencial é utilizada em vários Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, muito embora nem sempre tenha aquela Corte adotado expressões simples ou similares, como "conteúdo essencial" etc.

---

[245] SAMPAIO, 2003, p. 91.

Para o ilustrado autor, depreende-se tal entendimento dos Ministros do Supremo através de fundamentações de Acórdãos como “a restrição imposta não pode chegar à inviabilização de um deles”, ou “(...) a garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo essencial, que independe de interpretação da lei ordinária que a discipline”; ou quando se fala de um “mínimo existencial”[246].

Nesse sentido, o núcleo essencial caracteriza-se como o limite dos limites, ou seja, é o espaço, asilo ou reduto intocável pelo legislador ordinário, por qualquer instância de poder (ressalvada a problemática afeta ao poder constituinte) ou mesmo entre particulares. É o limite das restrições (ou limites) que venham a ser criadas ou instituídas para a conformação, adequação e aplicação dos direitos fundamentais.

A proteção do núcleo essencial compreende dois principais enfoques: concepção relativa e concepção absoluta.

Os seguidores da teoria absoluta de proteção do núcleo essencial o consagram como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa ou atos de limitação pelo Poder regulamentar. Existiria um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2011): “... neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um ‘limite do limite’ para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação”[247].

Como se verifica, a ideia de um núcleo absoluto leva-nos a crer na existência de uma fórmula vazia, diante da impossibilidade e/ou dificuldade de se demonstrar a sua existência *in abstracto.* Ademais, traduz a ideia de imutabilidade, capaz de resistir ao tempo e a evolução social.

Já na teoria relativa (ou enfoque relativista), o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. Seria, então, aferido mediante um processo de ponderação entre meios e

[246] AFONSO DA SILVA, 2011.
[247] MENDES, 2011, p. 242

fins, baseado no princípio da proporcionalidade.

A definição do que é realmente essencial dependerá das condições ou circunstâncias fáticas e do contexto (ou zona) de conflitos com outros direitos e interesses em cada caso concreto. Mais uma vez, Gilmar Ferreira Mendes (2011) esclarece: “o núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório”[248].

Neste caso, a crítica que se faz é exatamente pelo extremo oposto da concepção absoluta. Confere-se grande flexibilidade aos direitos fundamentais, o que acabaria por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional.

É certo que a Constituição da República de 1988 não disciplina de forma expressa a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não obstante, sua presença, ainda que de forma relativa, parece soar no artigo 60, §4º, inciso IV, quando veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. A lição de Bernardo Gonçalves Fernandes (2011):

> “Qualquer limitação (restrição) aos direitos fundamentais tem que respeitar o núcleo essencial destes, ou seja, o núcleo essencial que envolve diretamente os direitos fundamentais e por derivação a noção de dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada. O controle desses limites, então, fica a cargo do Judiciário.”[249]

As limitações aos direitos fundamentais devem, portanto, obedecer sempre a regra da proporcionalidade e suas subregras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, identificando-se bastante com os princípios orientadores da Legística, quando se está diante de uma ação normativa geral e abstrata.

Compreende-se a subregra de adequação como o meio que deve ser apto a alcançar determinado resultado.

A necessidade consiste em afirmar que as restrições ou limites são os menos

[248] MENDES, 2011, p. 242
[249] FERNANDES, 2011, p. 256-257.

gravosos ou prejudiciais para se alcançar os fins colimados. Não pode haver outro meio menos prejudicial, já que a ideia de inovação normativa sempre revela uma restrição à liberdade.

Por fim, como bem esclarece Bernardo Gonçalves Fernandes (2011)**,** há de ser considerada a proporcionalidade em sentido estrito (relação custo/benefício), ou seja, "o ônus com a medida restritiva (que obviamente causa ônus) deve ser menos que o bônus. Nesse caso, a restrição (ou limitação) irá desenvolver mais do que prejudicar o direito fundamental em questão (ou os direitos fundamentais em questão)"[250].

Ao lado da ideia de proibição ao excesso, decorrente da aplicação da regra da proporcionalidade, a Corte Constitucional alemã tem adotado a proibição da proteção insuficiente, como alude Gilmar Mendes (2011). A conduta estatal insuficiente é, nesse sentido, inadequada e ineficaz. Logo, é também desproporcional em sentido estrito e ofensiva ao núcleo essencial. Por essa razão, inclusive, cumpre ao Poder Executivo adotar ação normativa quando o vácuo legal no exercício de sua atividade institucional comprometa a tutela de direitos fundamentais.

Em qualquer hipótese, as limitações ou restrições devem ser claras no texto normativo, até como corolário da segurança jurídica. São necessárias clareza e precisão, afastando interpretações que induzam a ampliar restrições não reconhecidas pelo ordenamento jurídico constitucional. Nesse mesmo sentido, as limitações devem ter natureza geral, como corolário da igualdade constitucional e obstando discriminações absurdas ou arbitrárias.

Como se verifica, a Legística exerce o seu papel fundamental ao propor meios de controle sobre a atividade normativa (produção do direito), mormente quando se está diante da temática dos direitos fundamentais. A proteção do núcleo essencial exige afastar comandos legais casuísticos, *standards* e conceitos extremamente indeterminados no direito posto que ampliem a margem de discricionariedade, comprometendo o conhecimento real do direito e o controle jurisdicional.

Desse modo, qualquer que seja o ato normativo do Poder Executivo que lhe

[250] FERNANDES, 2011., p. 257.

seja reconhecida competência para editar, ainda que estejamos diante de uma norma individual, a integração no sistema jurídico está limitada pelo núcleo intangível dos direitos fundamentais, servindo o instrumental da Legística para o seu controle durante o processo elaborativo.

7.2.2. O princípio da reserva legal e a legalidade ampla – a possibilidade de inovar na ordem jurídica em obrigações e direitos, a primazia da lei e da Constituição

No estágio em que nos encontramos na pesquisa, parece estar clara nossa posição de que, no contexto atual, não há mais espaço para afirmar que ao Poder Executivo é defeso inovar na ordem jurídica. O contrário seria afirmação falaciosa e descontextualizada.

É evidente que o Estado e a sociedade exigem uma atuação normativa da Administração Pública (leia-se Poder Executivo), contemplando remédios definidos pelo próprio sistema para corrigir eventuais abusos, desvios e desmandos, amparados que estamos inclusive pelo instrumental da legística (formal e material). A lição de José Carlos Francisco (2009):

> "Exigir o cumprimento da legalidade é impor obediência tanto aos atos Constituintes quanto aos legislativos, bem como aos atos regulamentares praticados com fundamento diretamente na constituição ou nas leis em virtude das quais são expedidos, pois os atos superiores fixam as estruturas do tema tratado, deixando à norma do Executivo a tarefa de normatizar a conjuntura cambiante de determinadas áreas de interesse público. Os atos normativos regulamentares do Poder Executivo serão compatíveis com a legalidade porque cumprirão a vontade da lei ou da constituição."[251]

Nesse sentido, o que se está a afirmar é a defesa de uma legalidade ampla, fundada em uma vinculação dos Poderes ao sistema jurídico como um todo, desde a Constituição até os atos normativos secundários e inferiores, observada a hierarquia de normas defendida pelos positivistas-normativistas neste novo cenário.

---

[251] FRANCISCO, 2009, p. 306

Admite-se, pois, que o Poder Executivo é dotado de certa discricionariedade no exercício da parcela de função normativa em que está investido, limitada pela coerência, unidade e ideal de completude do sistema jurídico. Vincula-se ou limita-se tal discricionariedade, é verdade, na medida em que o conteúdo expresso na norma regulamentar deverá traduzir legitimidade social, ou seja, corresponder ao consenso da sociedade, conhecimento técnico e à denominada versatilidade para situações de conjuntura[252] causadas por fenômenos empíricos.

Apenas como exemplo, a concretização de direitos fundamentais de eficácia imediata exige, como já vimos, a elaboração de normas regulamentares que complementem os *standards* e conceitos indeterminados da lei formal e da própria Constituição, sob pena de falência da própria democracia material. Em qualquer hipótese, contudo, estará protegido o núcleo intangível.

Deve-se rechaçar a obediência cega a um processo legislativo formal, burocrático e moroso, cujos participantes carecem inclusive de conhecimento técnico sobre a matéria. Impõe-se, nesse sentido, definir o alcance da norma posta e conferir-lhe o ideal de eficácia esperado ou idealizado pela sociedade com a celeridade exigida.

O problema não é apenas o processo formal, burocrático e moroso, mas a impossibilidade material de o Legislativo reconhecer-se como detentor de toda a produção do direito estatal, quando a própria tripartição do poder pressupõe independência e equilíbrio entre as funções. No exercício de suas atribuições institucionais, o Executivo está apto a regulamentar, detalhar, pormenorizar comandos legais e constitucionais, conforme o caso, sempre afinado ao interesse público, tratando-se de imperativo do próprio regime democrático.

Admite-se, assim, maior abstração à Constituição e às leis. Cumpre a essas normas estabelecerem limites estruturais, os standards e conceitos indeterminados. Aos regulamentos, caberá dar a dimensão mais próxima de sua aplicação. Como bem anota José Carlos Francisco (2009), os regulamentos (primários ou

[252] Eros Roberto Grau ensina com propriedade acerca da capacidade normativa de conjuntura da Administração Pública, sempre ativada coerentemente com as linhas fundamentais e objetivos determinados pela Constituição, assim como no que dispuser a lei a respeito de seu desempenho. Trata-se de uma conseqüência necessária em virtude de um conjunto de elementos de índole técnica, aliados a motivações de premência e celeridade que tornam o processo legislativo inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais (GRAU, 2011, p. 229).

secundários) hão de ser sempre *intra legem* ou *secudum legem*, mas o sentido *legem* deve alcançar tanto a norma constitucional, como a legal[253].

Quando afirmamos a defesa de uma legalidade ampla, já exaustivamente exposta nos capítulos anteriores, não ignoramos reservas. Não estamos creditando ao Poder Executivo uma função normativa plena a ponto de desconsiderar ou reduzir a importância do Legislativo. Significa, em lugar disso, dizer que existem matérias obrigatoriamente restritas à lei formal, bem como há aquelas que deverão ser reservadas e/ou autorizadas aos regulamentos.

A legalidade admite, pois, a reserva de lei (absoluta ou relativa) e a reserva de regulamento. Há, ainda, a primazia da Constituição (em qualquer hipótese) e da lei, sem que isso represente o primado ou o império absoluto da lei formal, mas uma relação de precedência (ora relativa, ora absoluta).

A compartilhar do sistema escalonado defendido por Kelsen (1998) destaca-se que a lei de habilitação deverá ser observada de forma precedente aos regulamentos. Mas a lei, aqui, pode ser a Constituição, leis complementares, ordinárias e até mesmo atos normativos inferiores (Resoluções, Deliberações Normativas etc). Há, nesse sentido, uma "subordinação" do regulamento ao comando legal (reserva de norma).

A lei formal (infraconstitucional) poderá ser editada sobre todas as matérias admitidas pela ordem constitucional, delimitando o campo ou espaço de atuação dos regulamentos. No caso dos regulamentos autônomos, esses estarão limitados pela Constituição, não cabendo ao Legislativo usurpar sua matéria. Da mesma forma, a lei não poderá dispor sobre questões que tenha a Constituição atribuído ao Poder Executivo, descendo a minúcias próprias ao exercício da função institucional do Executivo, sob pena de violação a separação dos Poderes.

A reserva absoluta de lei formal afasta a possibilidade de ampla regulamentação pelo Executivo, salvo exceções autorizadas pelo próprio texto constitucional. Caberá ao Legislativo – e somente a ele – dispor sobre toda a matéria. O Executivo não terá qualquer discricionariedade para regulamentar, devendo exercer apenas uma interpretação vinculativa, técnica, sem leituras extensivas.

---

[253] FRANCISCO, 2009, p. 310.

Segundo José Carlos Francisco (2009), trata-se de um espaço próprio à atuação do legislador[254] nas matérias que o constituinte adotou expressões como “previstas em lei”, “na forma da lei”, “lei disporá”, “cabe à lei complementar” etc. Depreende-se o inequívoco sentido de que foi reservado à lei *stricto sensu*, não à norma genérica, estabelecer o direito posto.

Não se ignora, mesmo nesses casos, a possibilidade de o Executivo editar regulamentos excepcionais, de aplicação interna e sem inovações primárias na ordem jurídica. Verifica-se, ainda, a possibilidade excepcional de editar regulamentos complementares, desde que as exceções sejam também deduzidas da Constituição.

A regra na reserva absoluta, ao contrário da legalidade ampla, não admite que o titular da função legislativa autorize a edição de regulamentos com um mínimo de discricionariedade. Apenas conceitos técnicos poderão ser consignados no regulamento. O texto regulamentar conterá a única solução possível por meio de avaliação objetiva[255]. Nesses casos, inclusive, a previsão de discricionariedade técnica ou política-administrativa caracterizaria ofensa à Constituição. Representaria uma forma de esquivar-se ou delegar o exercício de competência que foi exclusivamente definida pelo Poder constituinte ao Legislador.

No sistema jurídico brasileiro, por rigor constitucional, percebemos a reserva absoluta sobre determinadas matérias de ordem tributária, penal, orçamentária etc. É feliz o exemplo do direito tributário, que contempla hipóteses de proteção formal, rígida, quando exige que lei (formal) institua tributos, mas tolera a alteração de alíquotas em determinados impostos por ato do Poder Executivo. Como se vê, trata-se de hipótese excepcional[256].

Da mesma forma, o direito penal exige que a lei defina previamente o tipo e a sanção, não sendo possível ao Poder Executivo, por meio de norma hierárquica inferior, a definição de sanção. Por outro lado, o Poder Executivo poderá estabelecer regulamentos cujos conteúdos preencham (complementem) as denominadas normas penais em branco, sendo indispensáveis para a configuração da conduta

[254] FRANCISCO, 2009, p. 315.
[255] Ibid, p. 332.
[256] CR/88. Art. 153 (...) §1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

típica discriminada na lei.

No Direito penal ambiental, são inúmeros os casos. Dentre outros, a Lei Federal nº 9.605/98 define como crime exercer atividade efetiva ou potencialmente poluidora sem licença. Ocorre que a definição de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como daquelas sujeitas a licenciamento ambiental são feitas por meio de atos normativos do Poder Executivo. Não apenas por Decreto, mas a partir de Deliberações Normativas e Resoluções dos Conselhos de Meio Ambiente.

Isto não representa qualquer inconstitucionalidade, ilegalidade ou violação ao princípio da separação das funções. A regra, no Estado do Direito, mormente no sistema jurídico brasileiro, é a legalidade ampla, o que significa que a Administração Pública e o cidadão vinculam-se em virtude de norma. Quando a Constituição não exige reserva absoluta de lei, tratar-se-á de reserva relativa, o que exigiria para a edição de regulamentos, conforme o caso, prévia lei autorizativa, o que pode ser até mesmo decorrente da própria Constituição.

Nos casos exemplificados, respeitadas as exigências de lei formal, bem como sua primazia, tanto no Direito Tributário, Penal, Finanças Públicas, Econômico etc., poderá o regulamento dispor sobre direitos e obrigações, dar-lhes fiel execução e buscar a efetivação e eficácia do comando primário[257].

> "Da legalidade resulta área de intersecção entre a lei e o regulamento, na qual a utilização de *standards* é perfeitamente possível e por vezes necessária, conferindo liberdade ou discricionariedade ao titular da função regulamentar para produzir normas sempre dentro dos comandos legislativos, em virtude de lei (regulamento *intra legem*, *secundum legem* e não *praeter legem* ou *contra legem*). Nas áreas sujeitas à reserva legal, os *standards* não podem deixar discricionariedade político-administrativa ao titular da função regulamentar, cumprindo a ele a mera execução do comando legal mediante interpretação vinculada, sem sequer discricionariedade técnica. Somente em casos expecionais, admitidos pelo próprio Constituinte, será admissível discricionariedade político-administrativa ou a técnica em matéria de reserva

[257] Á guisa de exemplo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 1296/PE, Rel. Ministro Celso de Mello, considerou que não havia ofensa ao princípio da legalidade a instituição de fatores de correção monetária através de regulamento em matéria tributária. Afirmou-se, naquela oportunidade, que a mera atualização monetária não significaria majoração de tributos, mas apenas sua correção ao valor presente, pelo que o constituinte não elegeu tal matéria como sendo de reserva absoluta de lei formal.

legal."[258]

A conclusão é a seguinte: a regra no sistema jurídico brasileiro é a legalidade ampla. Não poderá a Administração Pública exigir, por meio de atos administrativos concretos, o cumprimento de obrigações, sem que haja prévia definição por norma posta abstrata e geral. A obrigação exigida *in concreto* deve ser "em virtude de lei", entendida como tal a reserva de norma, à luz do sistema jurídico como um todo, desde a Constituição, passando pelas leis formais até os atos normativos regulamentares.

Nos casos em que a Constituição da República exigir reserva absoluta de lei, ressalvadas as exceções que sejam observadas na própria Constituição, não será possível ao Poder Executivo inovar primariamente na ordem jurídica para estabelecer restrições, cabendo-lhe apenas editar regulamentos para o cumprimento da letra legal, adotando interpretação vinculativa.

Nos casos em que não houver reserva absoluta, poderá o legislador infraconstitucional (quando a própria Constituição já não o fizer) autorizar a edição de regulamentos pelo Poder Executivo de forma a complementar os chamados *standards* legais, integrando o sistema jurídico por meio de uma discricionariedade limitada e controlada por critérios racionais que traduzam a coerência e a unidade do sistema.

Os fenômenos empíricos, assim como os conhecimentos técnicos e científicos, orientarão a decisão normativa do Executivo no exercício dessa prefalada discricionariedade, regulamentando os casos que ao legislador não é imposto ou reconhecido fazer. Como existe mais de uma solução possível (técnica, cientifica ou empírica), sendo qualquer delas indiferentes juridicamente[259], o

[258] FRANCISCO, 2009, p. 322.

[259] A expressão "indiferente jurídico" é utilizada por Florivaldo Dutra de Araújo e Garcia de Enterría ao referir-se a discricionariedade. "Quando se afirma que o administrador está diante de indiferentes jurídicos, quer-se dizer ou que a lei concedeu determinadas opções, atribuindo a todas o mesmo valor, expressamente, pelo que qualquer decisão a ser depois tomada estará juridicamente perfeita; ou que a regra legal deu ao administrador balizas dentro das quais se abre um leque de indeterminadas opções, em relação às quais a escolha a ser feita deverá levar à edição de um ato que se contenha parâmetros prefixados. Qualquer escolha ser feita discricionariamente terá, diante do direito, igual valor (daí dizerem-se indiferentes jurídicos). E como, "qualquer destas soluções, alternativamente, é igualmente justa, e precisamente por assim é, existe liberdade de decisão (a discricionariedade consiste essencialmente em uma liberdade de eleição)" a escolha proceder-se-á 'em virtude de outros critérios materiais distintos dos jurídicos, que por isto não pode juridicamente ser fiscalizados" (GARCIA DE ENTERRIA, 1974, p. 36; ARAÚJO, 2005, p. 85).

Executivo deverá regulamentar a questão dentre as opções.

Enquanto a escolha do conteúdo normativo for admissível pela ordem jurídica indiferentemente, o Executivo estará autorizado a regulamentar no exercício de sua potestade – mas apenas neste espaço ou moldura autorizada pela lei de habilitação. Ultrapassada a barreira do indiferente, à vista dos limites ditados pela norma precedente autorizadora, poderá ser invalidado o ato regulamentar tanto pelo Legislativo, como também pelo Judiciário[260].

A decisão normativa regulamentar deverá ser, portanto, racionalmente justificada e coerente com o sistema, assim como atender à lógica do razoável e aos comandos constitucionais e legais (os *standards* e conceitos indeterminados).

Desse modo, o Executivo não estará imune, em sua discricionariedade, para definir o conteúdo normativo do regulamento. Contrariados os limites constitucionais e legais, conforme o caso, poderá ser invalidado o ato normativo[261].

> "...se de um lado a discricionariedade regulamentar e dos atos administrativos passa a ser mais ampla em face de *standards*, conceitos jurídicos indeterminados de valor ou princípios inteligíveis constantes das normas constitucionais e das leis de estrutura, de outro tornou-se possível o controle jurídico da discricionariedade (cujo núcleo se reduziu mediante balizas jurídicas morais de razoabilidade e proporcionalidade, além de critérios técnicos expressos na ordem constitucional e nos atos legislativos). A limitação é também encontrada na eficiência, transparência e neutralidade buscada pelas normas que orientam (de forma clara e objetiva) a ação da administração pública, pois a maior elasticidade em sua ação lhe foi confiada em razão de sua capacitação técnica e flexibilidade que deve ser satisfatoriamente empregada sob pena de frustração política e jurídica da vontade legal, justificando a revogação da lei ou até mesmo a ilegalidade de atos incompatíveis com os padrões de razoabilidade contidos na legislação."[262]

Daí, mais uma vez, revela-se a importância da Legística, identificando

---

[260] O sistema jurídico dispõe sobre os meios de controle, tais como decretos legislativos suspensivos, ação direta, mandados de segurança, ações declaratórias etc.

[261] Como adiante falaremos, um dos limites formais será o dever de motivação do ato normativo. A motivação permitirá maior exercício de controle sobre determinados atos regulamentares. O seu grau de exigência verifica-se conforme o tipo de ato e a norma precedente autorizadora. Embora aplicável aos atos em concreto, válida a lição de Florivaldo Dutra de Araújo: "É pela motivação que o administrador buscará persuadir os destinatários do ato e a comunidade de que sua decisão é a melhor. Com ela, e demais subsídios, o controlador do ato terá meios para verificar a sua razoabilidade, ou seja, sua validade perante a ordem jurídica" (ARAÚJO, 2005, p. 136).

[262] FRANCISCO, 2009, p.306-307.

alternatividade, coerência, densidade normativa e temporalidade. Por meio de seus instrumentos de avaliação prospectiva e retrospectiva, meios voltados para o aperfeiçoamento da qualidade do conteúdo normativo, sua maior eficácia e eficiência, permite-se promover a justificação racional válida do regulamento ou mesmo identificar os desvios praticados pelo autor no espaço que lhe é atribuído para decidir com discricionariedade.

Apesar disso, haverá casos em que os conceitos técnicos ou empíricos não darão mínima margem para o exercício de discricionariedade técnica ou política na edição do regulamento. Cite-se, por exemplo, regulamentos que fixem a dosagem para fins medicinais de determinadas substâncias psicotrópicas ou o nível de toxicidade de efluentes industriais que, se ultrapassados, caracterizam ilícitos administrativos, penais e civis. Note-se que, em casos como esses, a ciência dará a única resposta possível. Na hipótese de divergência, o Executivo terá ultrapassado o limite material válido para a edição de regulamentos autorizados ou, conforme o caso, regulamentos executivos.

Em sede de direitos fundamentais, constatada a omissão do Poder Legislativo, o Poder Executivo poderá editar regulamentos para assegurar a sua eficácia imediata no exercício de suas funções institucionais, devendo, nas conformações que caibam aos ditos direitos fundamentais, proteger sempre o seu núcleo essencial, tal como afirmado alhures.

Isto não significa usurpação de função legislativa, já que a legalidade ampla admite a capacidade normativa do Executivo amparada diretamente na Constituição, ao lado de balizas e formas de controle previstas pelo sistema jurídico para afastar o arbitrário.

Neste ponto, poderia surgir a seguinte pergunta: não seria o caso de o Poder Executivo editar as denominadas medidas provisórias para a tutela dos direitos fundamentais em casos de urgência?

A resposta parece-nos residir no conjunto de argumentos já expostos, que também legitimam o exercício da função regulamentar autorizada e autônoma.

Em primeiro lugar, a medida provisória é ato privativo do Chefe do Poder Executivo federal, não sendo adotada na grande maioria dos Estados brasileiros e municípios, já que a Constituição da República e as respectivas constituições

estaduais e leis orgânicas municipais não reconhecem tal instrumento aos Governadores e tampouco aos Prefeitos.

Nesse mesmo sentido, por se tratar de matéria afeta à proteção de direitos fundamentais, vinculada ao exercício de função institucional do Poder Executivo, é necessário que haja a sua regulamentação pela Administração Pública. Tal regulamentação se daria por meio de ato normativo de sua autoria em favor da proteção do interesse público e concretização de comandos constitucionais de eficácia ampla e imediata, afastando violações como a decorrente da não prestação estatal.

A Administração Pública não poderia ser partícipe da omissão do Legislativo, lesando direitos fundamentais e esquivando-se de sua função institucional.

De qualquer modo, editado o comando legal (desde que a matéria não seja reservada a regulamentos[263]), haverá a primazia da lei, perdurando seus efeitos apenas temporariamente[264].

Note-se que, nesse contexto, diante da omissão do legislador, caberá a Administração Pública interpretar os comandos da Constituição, impondo-lhes o máximo de eficácia para a proteção de direitos fundamentais e integrando racionalmente o sistema jurídico. Mesmo diante de um caso concreto, o ato administrativo específico, visualizado como uma norma individual integrativa do sistema, deverá ser realizado à luz da Constituição, não devendo a Administração Pública omitir-se ou negar-se a realizar o ato em virtude de uma obediência cega à lei formal ou à falta desta. A omissão do Executivo, nesses casos, seria igualmente lesiva, já que se compromete com a defesa da Constituição, não se olvidando, ainda, de que o Poder Estatal é uno.

7.2.3. Delegação legislativa e a deslegalização

Trata-se de limitação material ao exercício de função regulamentar os casos

[263] Note-se que há casos na Constituição da República de 1988 que se admite os denominados regulamentos autônomos (CR/88, artigo 84, inciso VI), bem como o exercício de função regimental pelo Poder Judiciário. Mesmo o Poder Legislativo não estaria obrigado a editar leis através do processo formal legislativo em todas as suas deliberações, admitindo-se Decretos Legislativos e Resoluções.
[264] FRANCISCO (2009) e GASPARETTO (2011).

de reserva absoluta de lei formal.

Da mesma forma, nos casos em que o constituinte vedou a edição de leis delegadas[265] ou medidas provisórias[266] não se admite que o Legislador estabeleça por meio de leis ordinárias tão somente *standards* (conceitos abertos e flexíveis) que autorizem a edição de regulamentos amplos. Isso significaria claro desvio da proteção imposta pelo Constituinte, revelando uma forma inadequada (inconstitucional) de delegação da função legislativa.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar, compartilhando do entendimento de que é vedado ao Executivo valer-se de regulamentos autorizados por lei ordinária para inovar na ordem jurídica, quando a Constituição veda, inclusive, a edição de leis delegadas sobre a matéria[267]. Se não é possível o mais (lei delegada), muito menos o regulamento, que caracterizaria uma mascarada atribuição de competência específica regulamentar para, na verdade, o Executivo exercer função legislativa.

O fenômeno da deslegalização é admissível nos casos previstos pelo sistema jurídico constitucional. Nas hipóteses admitidas para os regulamentos autorizados (ou delegados) e autônomos.

Quando o Poder Constituinte derivado transfere do Legislativo para o Executivo determinadas matérias ou mesmo quando o legislador infraconstitucional autoriza a edição de regulamentos, consignando na lei formal apenas *standards* (sem que haja reserva de lei absoluta), estaremos diante de casos de deslegalização lícita.

Não há, aí, ofensa à separação das funções, desde que o ordenamento jurídico conceba formas de controle, preservando o equilíbrio entre as funções.

Como bem anota José Carlos Francisco (2009), diante do fenômeno da delegificação (ou deslegalização), o novo regulamento poderá, quando editado no contexto da lei que lhe autorizou ou reconheceu a capacidade normativa mais ampla, dispor inclusive de modo contrário ao que dispunha a legislação anterior. “Aliás, caso um assunto anteriormente tenha sido confiado à lei e posteriormente

[265] V. CR/88, artigo 68, §1º.
[266] V. CR/88, artigo 62, §1º.
[267] É o que se depreende do julgamento da ADIN nº 1296, tendo como Relator Ministro Celso de Mello, DJ 10/08/1995, Pleno, Unânime.

tenha sido transferido pelo Constituinte para o âmbito do regulamento autônomo, vimos que se configura uma das possibilidades de delegificação"[268].

No sistema jurídico brasileiro, verifica-se tal fenômeno por meio de atribuições conferidas às Agências reguladoras e no próprio Direito Ambiental, como veremos adiante.

A Constituição e o legislador infraconstitucional, ao dispor sobre a competência específica para a edição de atos administrativos-normativos (v.g. Agências Reguladoras, Autarquias, Conselhos Deliberativos etc.), poderão autorizar expressamente a sua regulação, estabelecendo os seus limites para que haja a possibilidade de controle.

É certo que os atos administrativos-normativos terão limites materiais, assim como sua eficácia e abrangência à luz da legalidade observarão níveis decorrentes de um sistema escalonado de normas. Isto não impede inovações primárias e secundárias na ordem jurídica, desde que o sistema reconheça tal competência e não reste caracterizado um fenômeno de delegação legislativa ou deslegislação não autorizada pela Constituição.

Nesse sentido, é possível a criação de Resoluções, Deliberações Normativas, avisos, instruções, portarias, etc. como atos normativos-regulamentares expedidos por autoridades públicas, agências reguladoras, conselhos da Administração Pública, desde que sua capacidade normativa seja estabelecida, autorizada e reconhecida pelo sistema jurídico, e que os limites materiais sejam definidos pela norma precedente autorizativa (sistema escalonado), o que implica sua tolerância pela Constituição (inexistência de reserva de lei formal).

Importante, ainda, o registro do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias[269], que admite hipótese de delegação de parcela da

[268] FRANCISCO, 2009, p. 389.

[269] ADCT. Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. § 1º - Os decretos-lei em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I - se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II - decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-lei ali mencionados serão considerados rejeitados; III - nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena

função normativa que caberia ao Poder Legislativo para o Poder Executivo. Matérias que a rigor seriam objeto de reserva absoluta de lei poderiam, assim, ser disciplinadas pelo Poder Executivo, inovando amplamente na ordem jurídica.

Alguns órgãos integrantes do Poder Executivo, portanto, com base no artigo 25 do ADCT, possuem competência normativa que seria objeto de reserva de lei, destoando do rígido princípio da legalidade imposto genericamente na Constituição sobre determinadas matérias.

É com base nesse mesmo artigo 25 do ADCT, bem como na CR/88, artigo 5º, inciso II, que muitos autores administrativistas (já citados nesta pesquisa) ainda insistem na impossibilidade de o Poder Executivo inovar na ordem jurídica, bem como editar os denominados regulamentos autorizados (ou delegados). Essa mesma doutrina conservadora não raras vezes acoima de inconstitucional os atos normativos das Agências Reguladoras (ressalvadas as agências previstas no próprio texto constitucional), por entender que as leis infraconstitucionais que as instituem não poderiam reconhecer-lhes competência para editar regulamentos amplos, como definição de obrigações ou concessão de benefícios[270].

7.3. Os limites formais

7.3.1 Elementos formais do ato, procedimento e competência

Conforme já mencionado, os limites formais referem-se fundamentalmente a procedimento elaborativo do ato, competência da autoridade, órgão e entidade para dispor sobre a matéria, técnica redacional e a publicidade.

No sistema jurídico brasileiro, aplicam-se aos atos normativos do Poder Executivo todas as exigências formais (expressas e implícitas) previstas na

---

validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-lei, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes. § 2º - Os decretos-lei editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.

[270] Dentre seus representantes, pedimos venia para citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "...as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, II, da Constituição" (DI PIETRO, 2006, p. 213).

Constituição da República de 1988, Lei Complementar nº 95, de 1998, e Decreto Federal nº 4176, de 2002, para elaboração de normas jurídicas postas. Aplica-se, ainda, no que couber, o disposto na Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9784, de 1999).

No âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, deverão ser observados suas respectivas leis e regulamentos, quando existentes, bem como o disposto na Constituição e Lei Complementar pelo princípio da simetria.

Aplica-se à técnica redacional, estrutural e de articulação do texto normativo todos os elementos previstos nos diplomas legais acima citados. Os atos normativos devem ter parte preliminar (com a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas), parte normativa (conteúdo das normas que regulam o objeto definido na parte preliminar, é a substância do ato) e parte final (estabelece as medidas necessárias à implementação das normas constantes da parte normativa, as disposições transitórias, cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber).

Note-se que, diferentemente dos atos legais, os regulamentos deverão ter explícita a exposição de motivos.

A motivação do ato é requisito formal de extrema relevância, já que revela a justificativa racional para a sua elaboração, prestando-se ao controle ulterior tanto pela Administração Pública, como por administrados, Judiciário e Legislativo, mormente quando se está diante de regulamentos autorizados e autônomos.

O Decreto Federal nº 4.176, de 2002, artigo 38, dispõe que a exposição de motivos de "projeto de ato normativo" deverá:

> "I - justificar e fundamentar a edição do ato normativo, de tal forma que possibilite a sua utilização como defesa prévia em eventual argüição de inconstitucionalidade;
> II - explicitar a razão de o ato proposto ser o melhor instrumento normativo para disciplinar a matéria;
> III - apontar as normas que serão afetadas ou revogadas pela proposição;
> IV - indicar a existência de prévia dotação orçamentária, quando a proposta demandar despesas; e
> V - demonstrar, objetivamente, a relevância e a urgência no caso de projeto de medida provisória."[271]

[271] Decreto Federal nº 4.176, de 2002, artigo 38.

À toda evidência, o ato normativo final, devidamente aprovado, não precisa conter, expressamente em seu texto, todo o conteúdo exposto no artigo 38, supra, mas deverá apresentar pressupostos fáticos e normativos que permitam verificar a competência da autoridade que o edita, assim como os seus limites materiais, fazendo-o de forma explícita, clara e congruente.

Válida a distinção entre motivação material e formal feita por Florivaldo Dutra de Araújo (2005), aplicável aos atos administrativos:

> "...o ato administrativo será materialmente motivado, quando possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emiti-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática. Por sua vez, a motivação formal constitui-se na demonstração pelo administrador, da existência da motivação substancial (material). Vale dizer: na exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal."[272]

Observada a lição do eminente administrativista, o ato normativo do Executivo, identificando-se como ato administrativo abstrato e geral, deve apresentar motivação formal. Dessa sorte, viabilizará a adesão dos destinatários ao seu comando, bem como o exercício do controle de legalidade e constitucionalidade conforme o tipo normativo.

A competência para o ato normativo é requisito formal essencial. Somente a autoridade (chefe do Poder Executivo, órgão desconcentrado ou entidade descentralizada da Administração Pública) que tenha sido autorizada ou a quem tenha sido atribuída a competência específica para editar o ato poderá fazê-lo.

A delegação legislativa foi tratada como limite material acima. No que tange a hipótese de delegação do ato normativo dentro da esfera do próprio Poder Executivo, verificamos sua possibilidade em exceções expressas no texto constitucional (v. Constituição da República, artigo 84, parágrafo único).

---

[272] ARAÚJO, 2005, p. 91.

É certo que, fora das hipóteses de delegação previstas na Constituição, o Chefe do Executivo não poderá delegar a autoridades distintas, a outro Poder ou à iniciativa privada, o exercício de sua função regulamentar.

Do mesmo modo, não poderá o legislador atribuir a outra entidade competência normativa que caiba ao Chefe do Executivo, assim como estabelecer atribuições regulamentares a órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, ressalvadas as hipóteses autorizadas pela Constituição e na forma por ela prevista. Nos casos em que se atribuir competência normativa específicas (como nos casos das Agências Reguladoras, Autarquias, etc.), a lei deverá, como já ressaltado, fixar claramente os *standards*, limites materiais etc.,

Quanto ao procedimento elaborativo, há determinadas entidades políticas que definem os atos de referenda por outras autoridades públicas, procedimentos de consulta pública, análise jurídica perante a Advocacia Geral do Estado ou da União etc. Diante do silêncio de norma expressa sobre a matéria em diversos sistemas jurídicos, determinados autores defendem inexistir limites formais quanto ao procedimento de elaboração dos regulamentos[273].

No âmbito federal, aplica-se o disposto tanto na Lei Complementar nº 95, de 1998, no Decreto Federal nº 4.176, de 2002, e na Lei do Processo Administrativo Federal nº 9.784, de 1999, sendo desnecessário para o objeto desta pesquisa transcrever o rigor do procedimento formal a ser observado.

Cumpre o registro apenas do disposto na Constituição da República de 1988 acerca da referenda de Ministros de Estado nos Decretos do Chefe do Executivo (CR/88, artigo 87, parágrafo único, inciso I). A nosso sentir, nesta hipótese, inexiste obrigatoriedade para a validade do ato normativo a subscrição dos Ministros. Na verdade, a referenda *in casu* visa vincular os Ministros – e não constituir-se como condição de validade do ato. Pretende-se que o ato normativo tenha maior eficácia, impondo-se aos Ministros cujas pastas sofram impacto com o regulamento, os quais devem recebê-lo como comando a ser seguido, devendo adotar todas as medidas para sua implementação.

Simples entender que o decreto é ato privativo do Chefe do Executivo. A

[273] Nesse sentido, José Carlos Francisco cita o exemplo de Louis Favoreau, para quem o procedimento é simplificado, inexistindo requisitos formais. (FRANCISCO, 2009, p. 348)

nomeação e a exoneração de ministros de Estado também são atos discricionários do Chefe do Executivo. Assim, o fato de um Ministro não subscrever um Decreto com o Presidente poderá significar: a) opção feita pelo Presidente de não exigir a subscrição pelo Ministro; b) não adesão feita pelo Ministro ao conteúdo normativo do Decreto. Quando invocada a assinatura, a negativa traduzirá incompatibilidade para o exercício da função. Nesta última hipótese, a negativa não facultará o Ministro descumprir o Decreto, devendo executar a norma no exercício de sua função, bem como respeitá-la como cidadão.

Poderão existir casos de aprovação de atos normativos do Executivo por outras instâncias e órgãos. Nos casos das leis delegadas e medidas provisórias, já falamos a respeito nos capítulos anteriores. Há exemplos de Resoluções e Deliberações Normativas afetos às normas de meio ambiente, bem como atos normativos tributários que, editados por órgãos inferiores do Executivo, são aprovados por instâncias superiores ou passam por ratificação do Legislativo. Falaremos a respeito no capítulo seguinte.

7.3.2. Publicidade

A publicidade é requisito formal essencial. Não publicado integralmente o ato regulamentar, não se pode exigir o seu cumprimento, e tampouco fazer valer a presunção de conhecimento por todos.

Na realidade do mundo tecnológico contemporâneo, as publicações dos atos normativos são realizadas eletronicamente em diversos Estados. A União, assim como o Estado de Minas Gerais, já realizam suas publicações por meio de Diários Eletrônicos.

Há uma superação do velho conceito de publicação através de jornal de grande circulação por ferramentas tecnológicas capazes de desconstituir a mera presunção de conhecimento, sugerindo, em seu lugar, a era do conhecimento real dos atos normativos.

A presunção de conhecimento da lei e o dever de publicidade oficial estão fundados em premissas que acompanham a própria evolução dos paradigmas de

Estado. No Estado de Direito, impõe-se a todos conhecer a lei, e o meio a partir do qual emerge a inescusabilidade de seu desconhecimento é a publicidade oficial.

Muito antes da inovação tecnológica que passou a invadir o cenário das publicações dos atos normativos, Fabiana de Menezes Soares (2004) já alertava sobre a possibilidade de se tornar real a aproximação do cidadão ao conteúdo normativo.

Segundo a eminente professora, opinião que compartilhamos, não basta apenas publicar a informação oficial. É preciso que as pessoas sintam-se motivadas a ler o texto normativo. O Estado, na qualidade de produtor da informação, só cumprirá o seu dever caso favoreça a compreensão e a coerência do sistema normativo. Caso contrário, o conhecimento será formal e não material, como reclama o subsistema de normas acerca da informação[274].

No contexto atual, a concepção de que a mera publicação no Diário Oficial da União efetive os pressupostos e requisitos de validade das leis não se sustenta. O estado materialmente democrático projeta às leis “condições reais de conhecimento” que elidem a concepção clássica da presunção. É necessário dar a conhecer à sua integralidade, franquear o amplo acesso ao inteiro teor do regulamento sem constrangimentos e de forma não onerosa.

7.3.3. Vigência

No sistema jurídico brasileiro, por rigor da Lei Complementar 95/98, entende-se que os regulamentos devem ter cláusula de vigência. O ato normativo deve prever o início de sua vigência, podendo condicionar sua eficácia a outras normas jurídicas a serem editadas.

Nos casos de regulamentos executivos ou autorizados, o ato normativo produzirá efeitos enquanto vigente a norma precedente superior autorizativa ou que visa regulamentar. Uma vez revogada ou cessados os seus efeitos[275], o

[274] SOARES, 2004.
[275] A título de exemplo, a declaração de inconstitucionalidade, liminar em medida cautelar de ADI, superveniência de lei federal, cessando os efeitos de lei estadual que tenha sido editada sobre a mesma matéria etc.

regulamento executivo ou autorizado perderá sua eficácia.

Da mesma forma, aplica-se a Lei de Introdução do Código Civil (atual Lei de Introdução às normas do direito brasileiro)[276], não sendo possível efeitos repristinatórios. Ou seja: não se admite que seja restaurada a eficácia de um regulamento em virtude de revogação do ato normativo posterior que o houver revogado[277].

É possível ao legislador infraconstitucional estabelecer prazos para a regulamentação da Lei (regulamentos executivos), bem como para o exercício do regulamento autorizado. Isto não significa que haveria a perda da competência por caducidade, mas, sim, a responsabilização do Estado e de seus agentes pela omissão em regulamentar a matéria.

Enquanto não regulamentada a norma superior precedente, deverá ser buscada sua máxima eficácia para assegurar os direitos dos destinatários. Por outro lado, não há que se exigir o cumprimento de obrigações de norma não regulamentada, restringindo as liberdades individuais pela atividade do intérprete.

O que parece simples, pode, então, revelar-se extremamente complexo. No Direito Ambiental, por exemplo, verificam-se inúmeras situações de direitos fundamentais em choque. Nesses casos de conflitos, deve-se buscar a compreensão da norma, impondo-se sua eficácia e aplicação no que não depender de regulamento (enquanto esse não for editado). Cada caso deverá ser analisado com extrema prudência, a fim de afastar abuso do intérprete e cerceamento da liberdade.

---

[276] O novo nome dado à Lei de Introdução ao Código Civil ocorreu por meio da Lei Federal nº 12.376, de 2010, visando desvincular uma regra de aplicação geral às normas do Código Civil. Essa desvinculação já existia no campo de aplicação, mas resultava em confusões para os destinatários em geral.

[277] V. Decreto-Lei 4657, artigo 2º, §3º.

7.4. Quadro resumo de limites materiais e formais dos regulamentos

<table>
<tr><td colspan="3"><u>LIMITES MATERIAIS</u></td></tr>
<tr><td>RESERVA ABSOLUTA DE LEI</td><td>LEGALIDADE AMPLA</td><td>DELEGAÇÃO LEGISLATIVA</td></tr>
<tr><td>É defeso ao Poder Executivo editar regulamentos autônomos e autorizados (ou delegados), bem como a atribuição de competência normativa específica ao Poder Executivo e entidades descentralizadas. A regra é, nesses casos, a possibilidade de edição de regulamentos para fiel execução de lei, sem inovar em direitos e obrigações na ordem jurídica e sem margem para discricionariedade técnica ou política-administrativa. O regulamento visará apenas a adoção de medidas para implementar a lei. Leis ordinárias não poderão prever a edição de regulamentos autorizados (ou delegados) sobre matérias que não possam ser objeto de leis delegadas e tampouco de medidas provisórias. As exceções deverão estar contempladas na Constituição.</td><td>O Poder Executivo poderá editar regulamentos, inovando na ordem jurídica, seja em virtude de autorização direta da Constituição ou por lei infraconstitucional. Admite-se a elaboração de regulamentos autônomos para o exercício de sua função institucional, conferindo maior eficácia aos comandos constitucionais e proteção de direitos fundamentais. Nos casos de omissão do legislador, a Administração Pública poderá atuar normatizando a matéria para a proteção do núcleo intangível de direitos fundamentais, no exercício de sua função institucional.</td><td>É vedada a delegação da função legislativa no sistema jurídico brasileiro, ressalvada a hipótese de leis delegadas. Admite-se a autorização para editar regulamentos complementares, integradores do sistema jurídico, observados os limites da Constituição e da lei formal autorizadora. A capacidade normativa para editar regulamentos é própria do Poder Executivo, razão pela qual não há que se falar em delegação.</td></tr>
<tr><td>LEGÍSTICA</td><td>DIREITOS FUNDAMENTAIS</td><td></td></tr>
<tr><td>Não é limite material, mas seu instrumental se apresenta como forma de controle dos atos normativos do Executivo, dentre os quais a avaliação prospectiva e retrospectiva a ser observada pelo autor das normas postas. Impõe-se a justificação racional para o impulso regulamentar e a participação popular no processo elaborativo para se alcançar o ideal de legitimidade e eficácia. A Legística viabiliza o controle pela identificação dos limites materiais e formais.</td><td colspan="2">A proteção do núcleo intangível dos direitos fundamentais é limite material que vincula diretamente o Poder Executivo à Constituição. Essa proteção deverá ser exercida a fim de conferir maior eficácia aos direitos fundamentais, devendo o Executivo atuar mesmo em casos de omissão legislativa, amparando-se diretamente no texto constitucional. Seja em atos administrativos concretos, seja por meio de atos administrativos regulamentares (abstrato e geral).</td></tr>
<tr><td><u>LIMITES FORMAIS</u></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>Elementos formais do ato</td><td>Competência</td><td>Vigência</td></tr>
<tr><td>Aplica-se a técnica redacional, estrutural e de articulação ao texto regulamentar tal como ocorre nas leis. O regulamento deve ter parte preliminar (com a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas), parte normativa (conteúdo das normas que regulam o objeto definido na parte preliminar, é a substância do ato) e parte final (medidas necessárias à implementação das normas constantes da parte normativa, as disposições transitórias, cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber). Deverá ainda apresentar exposição de motivos, tal como ocorre nos atos administrativos concretos.</td><td>Deve ser editado pela autoridade competente, não se admitindo delegação a outro Poder. Nos casos autorizados pela Constituição ou pela lei autorizativa, poderá haver delegação a outras autoridades, órgãos ou entidades descentralizadas da Administração Pública.</td><td>Perduram seus efeitos enquanto não revogado ou cessados por ato posterior. Revogada ou cessada a sua eficácia da lei, que visa regulamentar ou que tenha autorizado a sua edição, o Regulamento também perderá seus efeitos.</td></tr>
<tr><td>Procedimento elaborativo</td><td>Publicidade</td><td></td></tr>
<tr><td>Observar o procedimento elaborativo previsto em regulamento como forma de promover maior controle pela própria Administração e administrados.</td><td colspan="2">Publicação integral do texto, franqueando amplo acesso a todos e de forma não onerosa.</td></tr>
</table>

8. OS LIMITES DA FUNÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO NO SUBSISTEMA DO DIREITO AMBIENTAL

8.1 Diagnóstico da legislação ambiental

A legislação ambiental brasileira caracteriza-se como um verdadeiro cipoal de leis e regulamentos esparsos. Basta dizer que não se trata apenas de normas definidas como “ambientais” que regulam atividades e empreendimentos com intervenção em flora, fauna e recursos hídricos.

Na verdade, exige-se compreender a existência de três agendas: verde, azul e marrom. Enquanto a verde disciplina os assuntos afetos à exploração florestal, a azul se refere aos recursos hídricos. A marrom, por fim, trata das emissões atmosféricas e demais impactos decorrentes de atividades industriais. Não se perca de vista, ainda, o regime especial da mineração a contemplar lei específica, além de se submeter às demais normas citadas.

Note-se que cada uma dessas agendas apresenta complexo emaranhado de atos normativos. Desde a Constituição da República e dos Estados, passando por leis infraconstitucionais, denominados muitas vezes equivocadamente como “Códigos”, até atos do próprio Poder Executivo com conteúdo normativo substancial. Aludidos atos do Poder Executivo inovam no ordenamento jurídico com grande adesão social.

O retrato de insegurança e desconhecimento das normas jurídicas aplicáveis, tanto pelo profissional do direito, como também e a toda evidência pelo cidadão-destinatário, é apenas o reflexo desse cenário de produção normativa do Legislativo e do Executivo.

O conhecimento real do texto normativo resta comprometido, seja por sua inexatidão material, profundo detalhamento técnico ou mesmo pela inaplicabilidade prática, na maioria das vezes.

Os conceitos de áreas do conhecimento afetas ao meio ambiente são empregados, desconsiderando a realidade de cada setor produtivo e das regiões em que serão aplicadas.

As entidades políticas, dotadas de competência concorrente, ignoram muitas vezes o regime de repartição constitucional, proporcionando insegurança jurídica e impondo a reparação de passivos ambientais inexistentes.

Os setores público e privado sofrem pela insuficiência de profissionais qualificados, pela falha de comunicação entre os órgãos e a burocracia para a regular implantação e operação de novos empreendimentos e suas ampliações.

A título de exemplo, analisemos apenas o número de atos normativos editados durante os anos de 2010 e 2011 pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) e Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM) de Minas Gerais.

Por definição legal, o CONAMA possui função normativa[278]. O mesmo ocorre em Minas Gerais por meio do Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM), que tem como finalidade deliberar sobre diretrizes, políticas, normas regulamentares e técnicas, padrões e outras medidas de caráter operacional, para preservação e conservação do meio ambiente e dos recursos ambientais, bem como sobre a sua aplicação pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, pelas entidades a ela vinculadas e pelos demais órgãos locais.[279]

Em 2010, o COPAM editou 18 (dezoito) novas Deliberações Normativas, conforme consulta realizada no Sistema de Informações Ambientais do Estado (SIAM) e abaixo transcrita.

Tipo	No.	Ementa
Deliberação Normativa COPAM	146	Dispõe sobre a regularização ambiental para intervenção em CGH ou PCH e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	147	Aprova a Lista de Espécies Ameaçadas de Extinção da Fauna do Estado de Minas Gerais.

[278] Lei Federal nº 6.938/81. Art. 8º Compete ao CONAMA: I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluídoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;(...)VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes; VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.
[279] V. Decreto Estadual nº 44.667 de 2007, artigo 3º.

Deliberação Normativa COPAM	148	Dispõe sobre convocação ao Licenciamento Ambiental dos empreendimentos sujeitos a Autorização Ambiental de Funcionamento, que exploram a atividade enquadrada no item A-02-06-5 da Deliberação Normativa COPAM nº 74, de 9 de setembro de 2004, lavra a céu aberto com ou sem tratamento, rochas ornamentais e de revestimento (quartzito) no Estado de Minas Gerais, e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	149	Prorroga prazo previsto para apresentação das informações relativas ao Inventário Estadual de Resíduos Sólidos do Setor Minerário, ano base 2009.
Deliberação Normativa COPAM	150	Altera o artigo 2º da Deliberação Normativa nº 74, de 09 de setembro de 2004.
Deliberação Normativa COPAM	151	Regulamenta o "Programa de Registro Público Voluntário das Emissões Anuais de Gases de Efeito Estufa do Estado de Minas Gerais" e dispõe sobre os incentivos à adesão.
Deliberação Normativa COPAM	152	Acrescenta o § 4º ao artigo 1º da Deliberação Normativa COPAM nº 138, de 12 de agosto de 2009.
Deliberação Normativa COPAM	153	Convoca municípios para o licenciamento ambiental de sistemas de tratamento de água e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	154	Dispõe sobre o Coprocessamento de resíduos em fornos de clínquer.
Deliberação Normativa COPAM	155	Altera dispositivos da Deliberação Normativa COPAM nº 74, de 09 de setembro de 2004, incluindo na listagem E códigos de atividade para manejo e destinação de resíduos da construção civil e volumosos, e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	156	Disciplina o procedimento para autorização para intervenção ambiental/florestal para supressão de vegetação nativa em lotes individuais de parcelamentos do solo e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	157	Prorroga o prazo previsto para apresentação das informações relativas à identificação e classificação de áreas mineradas detentoras de Autorização Ambiental de Funcionamento - AAF.
Deliberação Normativa COPAM	158	Prorroga prazo previsto no parágrafo único do art. 1º da Deliberação Normativa COPAM nº 120, de 08 de agosto de 2008 e no §1º do art. 5º da Deliberação Normativa COPAM nº 89, de 15 de setembro de 2005.
Deliberação Normativa COPAM	159	Dispõe sobre a regularização ambiental para geração e repotenciação de Bioeletricidade Sucroenergética e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	160	Altera a Deliberação Normativa COPAM nº 151, de 1º de julho de 2010; prorroga o prazo para adesão ao Programa de Registro Público Voluntário das Emissões Anuais de Gases de Efeito Estufa do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	161	Altera a Deliberação Normativa COPAM nº 86, de 17 de junho de 2005 e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	162	Prorroga o prazo para apresentação do inventário de resíduos sólidos industriais, ano-base 2009, a que se refere a Deliberação Normativa nº 90, de 15/09/2005 e dá outras providências.

Tabela 3: Deliberações Normativas elaboradas pelo COPAM em 2010. Fonte: www.siam.mg.gov.br

Durante o mesmo período, o CONAMA editou 7 (sete) resoluções com algum conteúdo normativo que teria impacto sobre as atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente degradadores do meio ambiente, conforme informações também extraídas do Sistema de Informações Ambientais do Estado de Minas Gerais e abaixo transcritas.

Tipo	No.	Ementa
Resolução CONAMA	421	Dispõe sobre revisão e atualização da Resolução CONAMA nº 344, de 25 de março de 2004.
Resolução CONAMA	422	Estabelece diretrizes para as campanhas, ações e projetos de Educação Ambiental, conforme Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, e dá outras providências.
Resolução CONAMA	423	Dispõe sobre parâmetros básicos para identificação e análise da vegetação primária e dos estágios sucessionais da vegetação secundária nos Campos de Altitude associados ou abrangidos pela Mata Atlântica
Resolução CONAMA	424	Revoga o parágrafo único do art. 16 da Resolução n° 401, de 04 de novembro de 2008, do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA.
Resolução CONAMA	425	Dispõe sobre critérios para a caracterização de atividades e empreendimentos agropecuários sustentáveis do agricultor familiar, empreendedor rural familiar, e dos povos e comunidades tradicionais como de interesse social para fins de produção, intervenção e recuperação de Áreas de Preservação Permanente e outras de uso limitado.
Resolução CONAMA	426	Altera o art. 4º e art. 5º, caput e §1º da Resolução CONAMA nº 418, de 2009, estabelecendo novos prazos para o Plano de Controle da Poluição Veicular e o Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso.
Resolução CONAMA	428	Dispõe, no âmbito do licenciamento ambiental, sobre a autorização do órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação (UC), de que trata o artigo 36, § 3o, da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, bem como sobre a ciência do órgão responsável pela administração da UC no caso de licenciamento ambiental de empreendimentos não sujeitos a EIA-RIMA e dá outras providências.

Tabela 4: Resoluções editadas pelo CONAMA durante o ano de 2010. Fonte: www.mma.gov.br

Apenas dois Conselhos, um Federal e outro Estadual, em um período de 12 (doze) meses, editaram 26 (vinte e seis) novos atos normativos com conteúdo que impactam sobre setores produtivos específicos e sobre a própria Administração Pública.

Além de Deliberações Normativas e Resoluções dos referidos Conselhos, tal como se mencionou acima, no mesmo período foram editados

vários outros atos, inclusive leis estaduais e federais, sem ignorar as municipais, bem como portarias, instruções normativas e Decretos que disciplinam procedimentos.

Ao analisar os números de Belo Horizonte, constatou-se a edição de apenas 3 (três) Deliberações Normativas pelo Conselho Municipal de Belo Horizonte[280].

Em uma pesquisa ampla (apenas quantitativa[281]), no Sistema de Informações Ambientais do Estado de Minas Gerais, conseguiu-se apurar, apenas durante o ano de 2010, **596 (quinhentas e noventa e seis)** novas normas jurídicas do Estado de Minas Gerais ou federais com algum conteúdo jurídico-ambiental, de recursos hídricos ou minerário. Não se considerou, neste número, as normas dos municípios mineiros e, em especial, de Belo Horizonte.

Ressalte-se que aludidos diplomas não necessariamente inovaram na ordem jurídicas em direitos e obrigações, mas disciplinaram procedimentos internos da Administração, fixaram padrões e deram fiel execução a leis esparsas.

No decorrer de 2011, o número de atos normativos foi também significativo, embora inferior ao de 2010[282].

Tipo	No.	Ementa
Deliberação Normativa COPAM	163	Prorroga os prazos estabelecidos no caput do artigo 3º e parágrafo 7º da Deliberação Normativa COPAM nº 144, de 18 de dezembro de 2009, que dispõe sobre a declaração de informações relativas à identificação e classificação de áreas mineradas detentoras de Autorização Ambiental de Funcionamento - AAF no Estado de Minas Gerais.1
Deliberação Normativa COPAM	164	Estabelece normas complementares para usinas de açúcar e destilarias de álcool, referentes ao armazenamento e aplicação de vinhaça e águas residuárias no solo agrícola.
Deliberação	165	Prorroga os prazos previstos nas Deliberações Normativas COPAM

[280] Registre-se que o município de Belo Horizonte sofreu severas alterações com a recente mudança da Lei de Uso e Ocupação do Solo, Plano Diretor, Código de Obras e de Posturas no período. Aludidos diplomas legais, alterados nos últimos anos, devem ser considerados como mitigadores da densidade normativa pelo Executivo.

[281] A pesquisa usou como filtro apenas o ano de 2010 no sistema de legislação ambiental do SIAM. www.siam.mg.gov.br/sla. Dentre os atos normativos, foram localizados Portarias do Instituto Estadual de Florestas, da Fundação Estadual de Meio Ambiente, do Instituto de Gestão das Águas, Resoluções do CONAMA, Instruções Normativas do IBAMA, Deliberações Normativas Conjuntas do COPAM e do CERH etc.

[282] Válido levar em consideração as discussões no Congresso do Código Florestal e da Lei Complementar nº 140/2011.

Tipo	No.	Ementa
Normativa COPAM		nº 89, de 15-9-2005, nº 120, de 8 de agosto de 2008, e nº 158, de 6 de outubro de 2010, para acreditação ou homologação de laboratórios de medições ambientais e estabelece diretrizes para a apresentação de relatórios do Programa de Automonitoramento das fontes efetiva ou potencialmente poluidoras do meio ambiente.
Deliberação Normativa COPAM	166	Altera o Anexo I da Deliberação Normativa Conjunta COPAM CERH nº 2 de 6 de setembro de 2010, estabelecendo os Valores de Referência de Qualidade dos Solos.
Deliberação Normativa COPAM	167	Revisa e consolida as exigências para laboratórios que emitem relatórios de ensaios ou certificados de calibração referentes a medições ambientais, revoga as Deliberações Normativas COPAM nº 89, de 15 de setembro de 2005, nº 120, de 8 de agosto de 2008, nº 140, de 28 de outubro de 2009, nº 158, de 6 de outubro 2010 e os art. 1º e 2º da Deliberação Normativa COPAM nº 165, de 11 de abril de 2011.
Deliberação Normativa COPAM	168	Altera dispositivos da Deliberação Normativa COPAM nº 74, de 9 de setembro de 2004.
Deliberação Normativa COPAM	169	Define critérios para o licenciamento ambiental estadual de que trata o artigo 4º-B, da Lei Estadual 15.979/2006
Deliberação Normativa COPAM	170	Estabelece prazos para cadastro dos Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos – PGIRS pelos municípios do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	171	Estabelece diretrizes para sistemas de tratamento e disposição final adequada dos resíduos de serviços de saúde no Estado de Minas Gerais, altera o anexo da Deliberação Normativa COPAM nº 74, de 09 de setembro de 2004, e dá outras providências.
Deliberação Normativa COPAM	172	Institui o Plano Estadual de Coleta Seletiva de Minas Gerais.

Tabela 5: Deliberações Normativas editadas durante o ano de 2011 pelo COPAM. Fonte: www.siam.mg.gov.br

O CONAMA editou 7 (sete) novas Resoluções:

Tipo	No.	Ementa
Resolução CONAMA	429	Dispõe sobre a metodologia de recuperação das Áreas de Preservação Permanente - APPs.
Resolução CONAMA	430	Dispõe sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes, complementa e altera a Resolução nº 357, de 17 de março de 2005, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA.
Resolução CONAMA	431	Altera o art. 3º da Resolução nº 307, de 5 de julho de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, estabelecendo nova classificação para o gesso.
Resolução CONAMA	432	Estabelece novas fases de controle de emissões de gases poluentes por ciclomotores, motociclos e veículos similares novos, e dá outras providências.
Resolução CONAMA	433	Dispõe sobre a inclusão no Programa de Controle da Poluição do Ar por Veículos Automotores-PROCONVE e estabelece limites máximos de emissão de ruídos para máquinas agrícolas

Tipo	No.	Ementa
		e rodoviárias novas.
Resolução CONAMA	435	Altera a redação do art. 20 e do art. 33 da Resolução nº 418, de 25 de novembro de 2009, alterada pela Resolução nº 426, de 14 de dezembro de 2010, e regulamenta a entrada em vigor nos estados e nos municípios dos programas de inspeção e manutenção dos motociclos e veículos similares com motor do ciclo Otto de 4 tempos.
Resolução CONAMA	436	Estabelece os limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas instaladas ou com pedido de licença de instalação anteriores a 02 de janeiro de 2007.

Tabela 6: Resoluções editadas durante o ano de 2012 pelo CONAMA. Fonte: www.siam.mg.gov.br[283]

Como se verifica, em 2011, o COPAM e o CONAMA editaram 17 (dezessete) novos atos normativos que deveriam ser objeto de análise por diferentes setores produtivos, já que impactavam diretamente sobre atividades industriais e comerciais.

Tanto em 2010, como em 2011, não foi necessária qualquer alteração de lei formal para que fossem criadas restrições em processos produtivos e na utilização de recursos naturais por meio dos diplomas administrativos em tela.

Embora a pesquisa em nível estadual e federal não tenha verificado os efetivos reflexos sobre a atividade econômica e o seu grau de impacto, o número revela o grande potencial de produção normativa. Mais: revela o cipoal de normas jurídicas a que estão sujeitos administrados e a Administração Pública, bem como a necessidade de definir limites para o exercício dessa função normativa pelo Poder Executivo.

8.2. Direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental e teoria dos limites dos limites

Impõe-se partir da premissa de que o direito ao meio ambiente equilibrado enquadra-se como um direito fundamental. Não se pode pensar na defesa e desenvolvimento da saúde e da vida, por exemplo, de forma

[283] Foi excluída Resolução que versava apenas sobre aspecto interno das reuniões do CONAMA.

dissociada do meio ambiente equilibrado.

Nesse mesmo sentido, a exploração sustentável dos recursos naturais subsidia o desenvolvimento econômico e coaduna com a vedação ao retrocesso.

A vida deve ser um caminhar para frente. O direito ao meio ambiente equilibrado agasalha o princípio da dignidade da pessoa humana, não se restringindo a tutelar os interesses das gerações presentes, mas assegurando a existência digna e a fruição dos recursos naturais pelas gerações futuras.

Mais que conferir acesso aos recursos pelos cidadãos de hoje ou de amanhã, como direito fundamental, exige uma prestação estatal positiva no sentido de concretizá-lo, desenvolvê-lo e conformá-lo às necessidades de seus destinatários, protegendo seu núcleo intangível nos casos de conflitos.

Em seus estudos, anota José Adércio Leite Sampaio (2003), o direito ao meio ambiente é fundamental e estruturalmente aberto, pois exige de todos um dever de configuração e de efetividade.

O Supremo Tribunal Federal já apreciou a matéria, assim como nossos Tribunais Estaduais e o próprio Superior Tribunal de Justiça, sendo reiteradas as decisões que confirmam a sua estatura de direito fundamental. A propósito:

> "Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeneracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (*RTJ* 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio

> ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. [284]
>
> Suspensão de tutela antecipada. Importação de pneumáticos usados. Manifesto interesse público. Grave lesão à ordem e à saúde públicas. (...) Importação de pneumáticos usados. Manifesto interesse público. Dano ambiental. Demonstração de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, tendo em conta a proibição geral de não importação de bens de consumo ou matéria-prima usada. Precedentes. Ponderação entre as exigências para preservação da saúde e do meio ambiente e o livre exercício da atividade econômica (art. 170 da CF). Grave lesão à ordem pública, diante do manifesto e inafastável interesse público à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF). Precedentes. Questão de mérito. Constitucionalidade formal e material do conjunto de normas (ambientais e de comércio exterior) que proíbem a importação de pneumáticos usados. Pedido suspensivo de antecipação de tutela recursal. (...) Impossibilidade de discussão na presente medida de contracautela."[285]

Como se verifica, até mesmo pelo teor das ementas dos Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, o legislador infraconstitucional possui um papel fundamental na tutela do direito ao meio ambiente equilibrado, como o tem o Judiciário e o Executivo.

As conformações de seu conteúdo estruturalmente aberto permitem que ele seja aplicado sem incorrer em colisão frontal, por exemplo, ao livre exercício de atividade econômica, ou, quando muito, por meio de limitações necessárias, proporcionais e adequadas.

Assim, aplica-se ao meio ambiente equilibrado a teoria dos limites dos limites acima referida, permitindo ao Legislativo, o Executivo e o Judiciário, no exercício de suas funções, respeitar o seu núcleo intangível.

Tal como ocorre nos direitos sociais, o direito ao meio ambiente

---

[284] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01/09/2005, Plenário, *DJ* de 03/0-2/-2006. Acessado em 18/01/2012.

[285] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 171-AgR, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 12/12/2007, Plenário, ***DJE*** de 29/02/2008. Acessado em 18/01/2012.

equilibrado exige uma prestação estatal ativa, importando a sua realização na maior medida do possível, buscando desenvolver a preservação e/ou intervenção nos recursos naturais por meio da aplicação da regra de proporcionalidade e suas subregras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A definição de seu núcleo essencial exige a análise do caso, com suas circunstâncias fáticas e jurídicas, a fim de que seja definido o conteúdo mínimo que deverá corresponder aos exatos limites do que é possível realizar no contexto experimentado e diante dos conflitos de interesses.

As balizas acima referidas para mitigar a ampla flexibilidade da concepção relativa do núcleo essencial são instrumentos objetivos que devem afastar os abusos (excessos) e a insuficiente proteção.

A jurisprudência tem enfrentado esse desafio: vencer os conflitos entre direitos fundamentais, como o meio ambiente equilibrado e a livre iniciativa, definindo a proteção de um núcleo essencial aliado a princípios próprios do regime jurídico-ambiental, como o princípio da prevenção e precaução, do desenvolvimento sustentável e *in dubio pro* meio ambiente.

Existem casos emblemáticos que já podem ser citados a título de exemplo quanto a zona de conflito entre o direito ao meio ambiente equilibrado e a proteção das manifestações culturais, bem como em relação ao direito de propriedade, dentre outros. Em tais casos, o Judiciário exerceu o juízo de sopesamento, definindo o conteúdo essencial a ser protegido.

Cite-se, por exemplo, a controvérsia acerca da “farra do boi”. Verdadeira tradição dos catarinenses, a festa é por muitos considerada como maus tratos aos animais, já que, nela, as pessoas saem às ruas em disparada para matar um boi. Segundo o Supremo Tribunal Federal, tal prática violaria o disposto na Constituição da República de 1988, artigo 225, §1º, inciso VII.[286]

O confronto entre o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito de propriedade, por outro lado, evidenciou-se no caso da criação de Reserva Florestal na Serra do Mar, atingindo inúmeros proprietários rurais. Ao mesmo

[286] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 153.531-SC. Rel. Ministro Marco Aurélio. DJ 1, p. 13, 13/03/1998.

tempo em que o Supremo Tribunal Federal considerou legítimo o estabelecimento de restrições pelo Estado, entendeu como devido o pagamento de indenizações referentes aos prejuízos sofridos pelos proprietários rurais a partir da implantação da medida[287].

Brevemente descritos, tais casos ilustram bem a busca do Poder Judiciário pela definição de um asilo de proteção dos direitos fundamentais, a fim de afastar o seu esvaziamento e até mesmo sua extinção.

Desse modo, o núcleo essencial do direito ao meio ambiente equilibrado é definido sob o enfoque relativista, exercendo o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo, em suas respectivas funções, a necessária conformação e aplicação com fincas a prevenir ou resolver conflitos em relação a outros direitos.

O seu conteúdo mínimo deve ser sempre o resultado do exercício de proporcionalidade em sentido estrito, de adequação e de necessidade, afinado à proteção da dignidade da pessoa humana em relação às gerações presentes e futuras.

8.3. A Constituição da República de 1988, Lei Complementar nº 140/2011 e Lei Federal nº 6.938/81

A Constituição da República de 1988 estabeleceu o regime de competência legislativa concorrente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição[288].

É também concorrente a competência executiva entre os entes federativos no que concerne à proteção do meio ambiente, combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação de florestas, fauna e flora[289].

A Lei Federal nº 6.938/81 e a Lei Complementar nº 140/2011 confirmam

---

[287] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE nº 97.749-SP. Relator Ministro Moreira Alves. RTJ, v. 108, t.1, p.309.
[288] V. CR/88, artigo 24, incisos VI e VII.
[289] V. CR/88, artigo 23, incisos VI e VII.

essa prefalada competência prevista na Constituição, sendo que a primeira institui a Política Nacional de Meio Ambiente, estabelecendo as atribuições dos órgãos integrantes do SISNAMA, dentre os quais o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), com função normativa[290], e a segunda regulamenta o disposto no parágrafo único do artigo 23 da Constituição da República de 1988, notadamente sobre o licenciamento ambiental.

Não há dúvida de que a União, Estados, Distrito Federal e municípios legislam e regulamentam o Direito Ambiental brasileiro. Há, ainda, o reconhecimento implícito e expresso de competência normativa ao Poder Executivo, ora com discricionariedade (técnica ou política-administrativa), ora apenas e tão somente para fielmente executar leis formais.

Como vimos nos capítulos precedentes, a definição dos limites da capacidade (ou competência) normativa do Poder Executivo para editar regulamentos reside no questionamento: há reserva absoluta de lei? Se a resposta for negativa, admite-se a legalidade ampla, devendo, mesmo nessa hipótese, sua atuação normativa ser controlada pelos limites da lei autorizadora e da Constituição, existindo instrumentos para tanto no próprio sistema jurídico[291].

Consubstanciados em toda exposição teórica anterior, vamos nos ater aos artigos 170, 174 e 225 da Constituição da República de 1988 para definir o marco de limites da função normativa do Executivo na seara do Direito Ambiental.

É importante estar compreendido, a esta altura, que a edição de regulamentos pelo Executivo terá como “limite dos limites” o núcleo intangível dos direitos fundamentais. Significa dizer que, no caso do direito ambiental, a função normativa a exigir juízos de ponderação entre princípios e garantias constitucionais, como a livre iniciativa e o meio ambiente equilibrado, pressupõe a análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito a que nos referimos anteriormente.

Há consenso na doutrina e jurisprudência, mesmo entre os

[290] V. nota de rodapé 293. Transcrição do artigo 8º.
[291] Sobre os instrumentos de controle, recomendamos a leitura dos capítulos III e IV.

administrativistas que defendem a legalidade ampla como “regra”, que o parágrafo único, artigo 170 da Constituição da República[292] estabelece reserva absoluta de lei para condicionar o exercício de atividade econômica à prévia autorização de órgãos públicos[293].

Desse modo, somente nos casos previstos em lei formal, aquela decorrente de processo legislativo, poderá ser condicionado o direito ao livre exercício de atividade econômica à concessão de alvarás, autorizações e licenças pelo Poder Público.

Isto, contudo, não significa que a regulamentação do mercado e das atividades das empresas deverão estar obrigatoriamente definidas apenas em leis formais.

Note-se que o próprio artigo 174 da Constituição da República[294] admite a presença de um Estado regulador e fiscalizador de atividades econômicas. No caso das normas orientadoras do direito ambiental, a conformação da livre iniciativa exige ainda maior sopesamento, como dito acima, sendo mitigada em inúmeras hipóteses a atividade econômica em favor da proteção dos recursos naturais.

Por sua vez, o artigo 225, inciso V, incumbe ao Poder Público controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias

---

[292] CR/88. Artigo 170.(...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[293] A propósito, Eros Roberto Grau: “Tanto isso é verdadeiro – que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos – que em pelo menos três oportunidades (isto é, no art. 5º, XXXIX, no art. 150, I, e no parágrafo único do art. 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica, sem lei – aqui entendida como tipo específico de ato legislativo – que os estabeleça” (GRAU, 2011, p. 243)

[294] CR/88. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, devendo tal incumbência ser exercida “em virtude de lei”, ou seja, com reserva de norma.

Desse modo, a atuação normativa do Poder Executivo é tolerada pela Constituição no regime jurídico ambiental, mesmo no caso do artigo 170, parágrafo único. O que não se admite é a criação pelo Executivo de condição autorizativa, requisito inicial, para o exercício de qualquer atividade econômica, inovando originariamente no sistema jurídico.

Á guisa de exemplo, analisemos o caso específico do licenciamento ambiental. Trata-se de ato autorizativo que não poderá ser originariamente criado ou instituído por regulamentos autônomos ou autorizados (delegados).

O legislador não poderá se abster de editar norma jurídica legal (lei formal) sobre a matéria, ainda que seja apenas para criar *standards* legais, definir os limites da competência da Administração Pública, as hipóteses de sujeição ao procedimento autorizativo prévio, distinguindo-se da discricionariedade que haveria o Executivo no caso da “legalidade ampla” esculpida no inciso II, artigo 5º da Constituição da República de 1988.

O Executivo não poderá instituir e exigir o licenciamento em face de quem quiser, na forma e sob os critérios que entender convenientes e oportunos, baseado apenas em regulamento, mas, sim, em limites claramente delimitados pela lei de habilitação dos regulamentos que forem sucessivamente editados.

O que se pretende afastar com a reserva absoluta de lei no caso do artigo 170, parágrafo único, é que o Executivo inove (por meio de regulamentos autônomos ou autorizados) “primariamente” na ordem jurídica para criar obrigações ou impedimentos prévios ao exercício de qualquer atividade econômica, incorrendo em cerceamento à livre iniciativa sem amparo em lei formal.

Em seu exercício regulamentar, o Poder Executivo poderá complementar os conceitos técnicos indeterminados, quando existir apenas uma única solução técnica ou empírica possível. Poderá, ainda, regulamentar as obrigações acessórias (exigência de formulários, documentos etc.) para fiel

e bem cumprir a lei e a Constituição.

O exercício de uma discricionariedade técnica será admissível no ordenamento jurídico-ambiental desde que a lei formal reconheça a competência normativa específica, delimite as atividades (ainda que genericamente) sujeitas a controle e estabeleça parâmetros para a regulamentação pelo Executivo. Nesse caso, o campo de inovação tolerado na ordem jurídica é aquele que não está restrito à lei formal.

A interpretação do artigo 170 deve ser feita em harmonia com o artigo 225, por meio do qual a Constituição conferiu tratamento especial à tutela do meio ambiente. Ao lado da livre iniciativa, existe o direito ao meio ambiente equilibrado e todos os outros direitos fundamentais que devem ser protegidos, relembrando o que acima afirmamos acerca de seu núcleo intangível.

A Constituição define expressamente a reserva absoluta de lei formal em seu artigo 225, §1º, incisos III, IV e VII[295]. Nessas hipóteses, assim como o disposto no artigo 170, parágrafo único, o espaço para atuação normativa do Poder Executivo não admite discricionariedade técnica ou político-

[295] CR/88. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

administrativa. Reconhece-se atribuição para editar regulamentos que visem a execução da lei formal, complementando conceitos técnicos indeterminados, definindo obrigações acessórias etc., conforme o caso.

Na hipótese do inciso III, do artigo 225, a reserva absoluta de lei restringe-se à alteração e à supressão de espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos[296].

Identificamos como principais marcos regulatórios infraconstitucionais sobre a matéria constante do inciso III, a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/81), o Código Florestal (atualmente a Lei Federal nº 12.651/2012) e a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei Federal nº 9.985/00).

O posicionamento da Corte Constitucional brasileira é extremamente interessante. Feita a leitura do dispositivo da Carta de 1988, depreende-se que foi atribuída à lei formal o status de superar o próprio poder decisório do autor de uma norma administrativa (cuja competência havia sido reconhecida), como forma de coibir pressões políticas sobre autoridades do Executivo e impor o procedimento legislativo como barreira à alteração do regime de unidades de conservação e áreas especialmente protegidas em geral.

Em síntese: a lei pode autorizar a criação de unidades de conservação por meio de Decreto, mas a supressão não.

Tal lógica interpretativa contraria as ideias de hierarquia entre normas e de equilíbrio entre as funções. Se foi reconhecida a capacidade normativa para criar espaços especialmente protegidos por meio de Decretos, por exemplo, a autoridade competente deveria gozar de mesma atribuição para revogar o ato que editou, admitindo a supressão e alteração dos espaços criados. O que se impõe é uma decisão racionalmente justificada, tão coerente quanto a que criou o espaço protegido.

---

[296] "A Constituição do Brasil atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado. [CB/88, art. 225, §1º, III]. A delimitação dos espaços territoriais protegidos pode ser feita por decreto ou por lei, sendo esta imprescindível apenas quando se trate de alteração ou supressão desses espaços. Precedentes." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 26.064, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 17-6-2010, Plenário, *DJE* de 06/08/2010.) No mesmo sentido: RE 417.408-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli**,** julgamento em 20/03/2012, Primeira Turma, *DJE* de 26/04/2012. (Fonte: www.stf.jus.br)

Em nome da coerência, o entendimento mais adequado ao dispositivo seria a defesa da primazia da lei. Exige-se lei formal para autorizar a edição de atos normativos inferiores, reconhecendo capacidade específica ao órgão integrante do Poder Executivo.

Desde que atendidas as exigências da lei, inclusive os limites materiais e formais que nos ocupamos alhures, o Executivo poderá criar, alterar e suprimir espaços territoriais. Nesse sentido, o ato normativo que cria um espaço territorial pode ser revogado ou alterado por outro ato normativo de mesma estatura, criando novas diretrizes de intervenção no espaço protegido. Isso não impede, ainda, que a lei autorizadora institua novas limitações ou abrande as proteções esculpidas pelo ato normativo secundário.

Por outro lado, se entendido que apenas uma lei pode autorizar a supressão e a alteração de espaços protegidos, impõe-se que apenas uma lei formal possa criá-los. Na pior das hipóteses, a criação por ato normativo-administrativo somente poderá se fazer por meio de critério vinculado, sem margem para qualquer discricionariedade do Poder Executivo.

Em 2006, o assunto motivou a concessão de liminar suspendendo os efeitos de norma inserida por Medida Provisória no Código Florestal (Lei nº 4.771/65), a qual admitia a definição de atividades de interesse social e utilidade pública por ato normativo do Poder Executivo e a autorização de intervenções em áreas de preservação permanente[297]. A conseqüência foi a paralisação de inúmeros empreendimentos minerários[298], sem olvidar de obras públicas que, dada a sua rigidez locacional, impunha-se intervir nessas áreas.

Ao final, concluiu-se que a administração pública poderia, desde que atendidas as exigências legais (reserva absoluta de lei), autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, “desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial”[299]. Parece-nos que o entendimento adotado à época foi

[297] O regime especial de áreas de preservação permanente encontra-se atualmente definido na Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal).
[298] Consoante Resolução CONAMA nº 306
[299] "Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir

conciliador de situações fáticas que o país atravessava e diante do quadro legal vigente.

A questão ainda não encontrou consenso. Prova disso é a tramitação da PEC nº 72/2011, do Senador Flexa Ribeiro (PSCD/PA), que dá nova redação ao inciso III para estabelecer que a criação de unidades de conservação da natureza – não apenas a alteração e a supressão dessas áreas – deverá ser necessariamente feita por lei formal. Se aprovada a Emenda, restará definitivamente afastada a possibilidade de atos normativos-administrativos (decretos, portarias, resoluções etc.) criarem unidades de conservação.

A proposta do Senador Flexa Ribeiro tem o apoio do setor produtivo. A Confederação Nacional da Indústria manifestou-se favorável em sua "Agenda Legislativa 2012", justificando os conflitos existentes com a atual redação e a função normativa para criar unidades de conservação atribuída ao Chefe do Poder Executivo.

> "A criação de unidades de conservação restringe, de algum modo, o exercício do direito de propriedade e impacta as atividades produtivas que trazem benefícios socioeconômicos para o País.
>
> Para atender aos imperativos do desenvolvimento sustentável – que propõe conciliar a dimensão ambiental à social e à econômica – é necessário que a criação desses espaços territoriais também seja feita por lei, sujeitando-se ao amplo debate com a sociedade, por meio de processo legislativo e não à vontade única do chefe do Poder Executivo. A prerrogativa exclusiva do Executivo tem dado ensejo a distorções e causado

---

que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeneracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (*RTJ* 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas." (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01/09/2005, Plenário, *DJ* de 03/02/2006.) (Fonte: www.stf.jus.br)

> problemas e confrontos em vários estados da federação."[300]

O inciso III do artigo 225, acima referido, já sinaliza o quadro de dificuldades para a integração do sistema jurídico ambiental.

O inciso IV também não é de fácil leitura. O legislador constituinte define que ao Poder Público incumbe "exigir, ***na forma da lei***, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade".

Parece-nos, claro, tal como ocorre em determinadas matérias do direito tributário (instituir tributo) e penal (definir tipos e sanções), que há a obrigatoriedade de se estabelecer por lei formal como se dará a exigência do estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), restringindo-o apenas para "instalação de obra ou atividade de significativo impacto ambiental"[301].

Daí porque entendemos que a Constituição afasta a possibilidade de o Executivo exigir EIA/RIMA sem que ato legal (formal) tenha inicialmente definido o conteúdo mínimo e estrutural da obrigação em tela. Como se trata de um estudo prévio (logo, limitador da livre iniciativa), tal leitura estaria afinada ao parágrafo único do artigo 170.

A lei deverá apresentar o conteúdo estrutural da obrigação, como, por exemplo, a definição de significativo impacto ambiental, ainda que se reconheça capacidade normativa para que o Executivo complemente os conceitos técnicos, procedimentos, termos de referência afetos a matéria etc.

O que se pretende tutelar não é apenas a liberdade individual, mas a

---

[300] Confederação Nacional da Indústria. Unidade de Assuntos Legislativos. Agenda Legislativa da Indústria 2012. MENEZES; DINIZ; CEZAR, 2012, p.58..

[301] Note-se que, por rigor constitucional, a exigência do EIA/RIMA, conjugados os dispositivos constitucionais, se fará apenas previamente à instalação, jamais retrospectivamente em fase de operação de empreendimentos. Pretende-se avaliar os impactos antes de consubstanciada uma situação fática. A distinção é flagrante no Direito Ambiental e para aqueles que dominam as ciências biológicas, químicas e engenharia em geral considerando os impactos não mitigáveis que podem ser previstos antes da implantação e que decorram dessa. Uma vez instalado o empreendimento e em funcionamento uma atividade de significativo impacto, ocorre a alteração do ambiente com fatores externos e também decorrentes da própria atividade impactante, promovendo novos ciclos da flora e fauna e sua adaptação às novas circunstâncias do ambiente.

preservação dos interesses difusos e coletivos, já que a lei *stricto sensu* traduziria o valor da representação democrática pelo Legislativo, formado apenas por mandatários eleitos pelo povo. As hipóteses legais afastariam a discricionariedade do Executivo, restrições casuísticas ou definições regulamentares que traduzissem proibições insuficientes à preservação ambiental.

Diferente é a hipótese dos estudos técnicos simplificados, exigidos pelo Poder Público em face de atividade sem significativo impacto ambiental. Esses poderão ser objeto de ampla regulamentação pelo Executivo, com discricionariedade técnica e político-administrativa, desde que não traduzam violação ao disposto no artigo 170, parágrafo único, ou seja, incoerente ao disposto no citado inciso IV, do artigo 225.

Da mesma forma, nos incisos I, II, V, VI, é de se admitir a legalidade ampla, podendo ser autorizada, por lei formal, a regulamentação pelo Poder Executivo com discricionariedade técnica, político-administrativa ou empírica. Essa regulamentação deverá ser autorizada, e a competência específica, definida previamente por lei formal.

Muitos outros exemplos poderiam ser enumerados, inclusive citando os casos de legislações estaduais que atribuem competência normativa à entidade integrante da Administração Pública – ora com superação dos limites da reserva absoluta de lei, ora promovendo verdadeira deslegalização e delegação não autorizada de função normativa etc.

Conclui-se, portanto, que a Constituição da República de 1988 elenca casos de reserva absoluta de lei formal e casos de legalidade ampla para o subsistema do direito ambiental. Haverá situações em que a linha tênue que separa as matérias reservadas à lei formal será de difícil percepção, tal como ocorre no inciso III do artigo 225 da CR/88.

As atuações do legislativo, do Chefe do Executivo, por meio de Decretos, mas também de autoridades hierárquicas inferiores (Portarias, Avisos, Instruções, Resoluções etc.) e, o mais importante, dos Conselhos paritários de política ambiental, são exercidas com grande densidade, como imperativo de urgência para a tutela dos recursos naturais e o ideal de

celeridade que a ordem econômica exige. A colisão de direitos fundamentais e a necessidade de sua proteção promovem esse exercício normativo à vista da flagrante incapacidade do legislador de disciplinar todas as matérias.

Essa atuação do Legislativo e do Executivo vai ao encontro do que defendemos quanto à necessidade de justificação racional do direito posto, afinada à participação da sociedade diretamente na formação da vontade estatal e definição de limites da atividade regulatória.

Nesse sentido, a aplicação do instrumental da Legística permite afinar o discurso entre emissor e auditório, avaliar de forma prospectiva os impactos que serão absorvidos por cada setor da sociedade, viabilizando decisões normativas que sejam justificadas racionalmente, coerentes e harmônicas com os atributos de unidade e o ideal de completude do sistema jurídico.

O autor das normas ambientais deve promover um diálogo com a sociedade presente, mas também projetar-se para uma realidade futura. Analisar as necessidades do amanhã, sem que haja o sacrifício das gerações atuais à luz da razoabilidade e proporcionalidade.

Os limites materiais e formais da função normativa do Poder Executivo desenham um quadro possível e necessário à ordem democrática. A Legística promove o discurso, traduz o grau de legitimidade social das normas jurídicas e viabiliza sua eficácia, desmistificando a ideia de que a concentração de atribuições normativas e executivas violaria a separação das funções, a legalidade e colocaria em risco a democracia.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mito caiu. O Poder Executivo exerce uma parcela significativa da função normativa estatal. Inimaginável, no mundo de hoje, creditar apenas ao Legislativo o exercício dessa função, como se fosse imprescindível para preservar a ordem democrática.

Em defesa do equilíbrio entre os Poderes, diante de fenômenos empíricos que exigem uma atuação normativa mais técnica, detalhada e célere, distinta daquela que se atribui ao Poder Legislativo, as ordens constitucionais foram admitindo e autorizando o exercício dessa prefalada competência ao Poder Executivo para criar e complementar o direito posto.

Revisitar a “separação das funções” significa, nesse contexto, aceitar um princípio da legalidade amplo. Aquele que não se restringe às leis formais, mas adota o conceito de “reserva de norma”. Por meio do qual a função legislativa é apenas parcela da função normativa do direito estatal, com espaço e limites próprios.

A Administração Pública e os cidadãos não estão vinculados em suas ações apenas à lei decorrente do processo legislativo, mas às normas que integram o sistema jurídico como um todo, vinculando-se, inclusive, à Constituição ou a atos infralegais diretamente.

Nesse mesmo sentido, os cidadãos não podem se esquivar do cumprimento de obrigações ou sofrer violações em seus direitos quando forem definidos em atos normativos infralegais, desde que esses traduzam coerência e a unidade do sistema jurídico. Quando tais atos exteriorizam esses atributos, haverá validade formal, sendo oponível a quem busque negar-lhes a força.

Essa visão ampla de legalidade, seja sob a óptica da Administração Pública ou do cidadão, muito antes de representar qualquer risco relacionado a regimes autoritários, revela-se como conseqüência natural do fortalecimento das instituições políticas e das garantias instituídas em favor da democracia material.

É preciso compreender que a defesa da legalidade ampla não refuta a ideia de hierarquia entre as normas, pureza do direito ou defesa de uma

validade material (conteúdo axiológico). Mostra-se perfeitamente compatível com qualquer das correntes do pensamento jusfilosófico pesquisadas, seja aquela que se filia ao positivismo (conservador ou moderado), seja ao pós-positivismo. É uma resposta possível para a busca da integração do sistema com os ideais de segurança e certeza desejados em um Estado de Direito.

O Estado brasileiro admite como regra essa legalidade ampla. É assim que deve ser interpretado o princípio positivado no inciso II, artigo 5º da CR/88. Há matérias, contudo, que o texto constitucional define como sendo objeto de reserva absoluta de lei (v.g. CR/88, artigo 170, parágrafo único, artigo 225, incisos III, IV e VII). Nesses casos, entendeu por bem o Poder Constituinte restringir à função legislativa dispor a respeito.

Desse modo, regulamentos autônomos e autorizados (ou delegados) ou simplesmente para fiel execução de lei estão necessariamente inseridos em nosso sistema jurídico, por mais que a maioria dos manuais de Direito Administrativo ainda preservem a concepção rígida de legalidade e a separação das funções estatais, refutando a existência (ou validade) dos dois primeiros.

Aludidos atos normativos, com limites materiais e formais, prestam-se a integrar o sistema jurídico, estando sujeitos a amplo controle, seja pelo Legislativo, pelo Judiciário ou, mais diretamente, pelo próprio cidadão. A sua validade estará condicionada a um processo formal, o que pressupõe sua coerência com o sistema de que fazem parte.

Esse tem sido o entendimento da Corte Constitucional brasileira e também do Legislativo. As decisões jurisprudenciais colacionadas na pesquisa, bem como a postura do Congresso Nacional acerca dos regulamentos editados pelo Poder Executivo, revelam a adesão paulatina.

A sociedade aceita essa atuação normativa, o que se evidencia pelo grau de eficácia dos atos do Executivo, a defesa de sua legalidade (ou constitucionalidade) e o nível de participação social nos processos decisórios que contemplam Conselhos de Políticas Públicas, audiências e consultas públicas, dentre outros eventos de aproximação entre emissores e destinatários das normas.

Mesmo a legislação infraconstitucional tem autorizado expressamente a denominada discricionariedade técnica (ou político-administrativa e empírica) a entidades integrantes da Administração Pública por meio de função normativa que lhes é reconhecida.

Consoante à lógica acima, mesmo aqueles que distinguem os atos normativos da Administração Pública do conceito próprio de regulamento (restringindo esse aos Decretos), devem aceitar como válida (legítima) a atuação normativa dessas entidades, caso sua competência tenha sido definida por lei ou pela Constituição.

As agências reguladoras (ANEEL, ANATEL, ANVISA, etc.), bem como os Conselhos de Meio Ambiente, são claros exemplos de entidades (com personalidade jurídica) e órgãos (sem personalidade jurídica) com atribuições para integrar a ordem jurídica em determinadas matérias que lhes foram confiadas pelo Legislador e autorizadas pela Constituição[302]. Alguns atos inovam em direitos e obrigações, mas devem sempre estar alinhados às condições traçadas na lei de habilitação e conforme os comandos da Constituição.

Há, decerto, desvios e abusos que precisam ser controlados. Não é raro verificar que o ato normativo ultrapassou os limites traçados pela lei ou pela Constituição, como nas hipóteses de regulamentos cujo conteúdo funda-se em uma inexistente discricionariedade técnica, sendo que o espaço admitido pelo sistema restringia-se à definição de conceitos técnicos indeterminados (sem discricionariedade).

Desse modo, o maior desafio não está em reconhecer a capacidade normativa da Administração Pública, mas estabelecer seus limites e meios de controle preventivos e repressivos.

A definição desses limites não pode ser feita em uma pesquisa genérica. Mesmo quando observamos apenas o subsistema do Direito Ambiental, impõe-se especificar as normas constitucionais e a legislação infraconstitucional para traçar parâmetros de atuação normativa em cada caso.

---

[302] Note-se que a Constituição do Estado de Minas Gerais define que órgão colegiado com participação da sociedade civil deverá deliberar sobre a política ambiental do Estado. Esse órgão é o Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM).

Como vimos, há instrumentos expressamente previstos na Constituição da República de 1988 que permitem ao Legislativo, ao Judiciário e ao cidadão, diretamente, intervir antes, durante e após o processo elaborativo, inclusive para sustar os efeitos dos atos normativos editados.

A definição dos limites materiais e formais durante este “caminho” deve estar bem compreendida por todos os atores do processo legislativo/regulamentar, como corolário da decodificação das demandas sociais e da construção de uma justificativa racional para a ação normativa.

Por essa razão é que o controle efetivo ocorre quando se alcança o emissor da norma e seus destinatários, iniciando-se antes mesmo do impulso de legislar/regulamentar. No *iter* a ser percorrido entre o mundo do ser e do dever-ser.

Daí a importância da Legística, que oferece instrumental capaz de subsidiar decisões racionalmente justificadas para as ações normativas. Promove ainda a compreensão dos autores diretos das normas acerca de seus limites materiais e formais, assim como aproxima emissor (autor) e receptor (destinatário), identificando o sinal das demandas sociais.

Com base nos princípios da Legística e ferramentas de avaliação prospectiva e retrospectiva, o Executivo tende a exercer sua função normativa com a qualidade ideal (ou o mais próximo disso). Há validade formal, resultados máximos de eficácia, efetividade e eficiência, correspondente ao desejado (esperado) por seus destinatários.

Constrói-se, pois, um canal real de legitimação dos atos normativos (legitimação social), minimizando a tensão provocada pela inovação no ordenamento jurídico e os aparentes conflitos entre a concepção rígida da separação das funções estatais e a legalidade ampla.

Em resumo: a Legística apresenta-se como solução possível ao mito de insegurança e incerteza proporcionados pela função normativa do Poder Executivo, conferindo respaldo para a inovação na ordem jurídica por meio de regulamentos autônomos, autorizados e para fiel execução de lei.

Para discutir essa matéria, a pesquisa baseou-se principalmente no ordenamento jurídico ambiental brasileiro, tomado como um subsistema do direito marcado por forte densidade normativa exercida pelo Poder Executivo.

Como demonstrado, trata-se de um contexto em que a Administração Pública não raras vezes inova na ordem jurídica por meio de regulamentos e atos administrativos-normativos inferiores – ora o faz, inclusive, originariamente.

Em uma análise abstrata, impossível afirmar que o sistema vigente no Brasil encontra-se eivado de ilegalidade e inconstitucionalidade. A pesquisa evidencia que os atos normativos de Conselhos de Meio Ambiente, autarquias e fundações encontram amparo em uma legalidade ampla, salvo nas hipóteses que invadem a reserva absoluta de lei identificada no texto constitucional.

É igualmente inegável que o Direito Ambiental, ao contrário de outros subsistemas, possui normas jurídicas editadas com grande participação popular. Suas dificuldades consistem essencialmente no sopesamento entre preservação do meio ambiente, livre iniciativa, desenvolvimento econômico, liberdade de manifestações culturais, moradia etc., constituindo um cenário de direitos fundamentais constantemente em conflito.

À vista da tutela intergeracional que promove, o autor das normas ambientais deve promover um diálogo com a sociedade presente, mas também projetar-se para uma realidade futura. Analisar as necessidades do amanhã, atentando-se para a razoabilidade e proporcionalidade de modo a compatibilizá-las com as exigências da vida.

Nesse sentido, a aplicação do instrumental da Legística permite afinar o discurso entre emissor e auditório, avaliar de forma prospectiva os impactos que serão absorvidos por cada setor da sociedade, viabilizando decisões normativas que sejam justificadas racionalmente, coerentes e harmônicas, dissolvendo o mito de que a democracia afasta ou repele a possibilidade de o Executivo inovar na ordem jurídica, integrando o subsistema do Direito Ambiental.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros, dissertações de mestrado e artigos em revistas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Marta Tavares de. **A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepção, métodos e técnicas.** Anais do no Congresso Internacional de Legística – Qualidade da Lei e Desenvolvimento, realizado em Belo Horizonte. 2007. P. 83-102

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). **Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99 – 125.

_____. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direitoadministrativo**. 3ª edição, 2ª triagem. Vol I – Introdução. Brasil. Malheiros Editores. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. N.09. março/abril/maio/2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf . Acesso: 26/06/2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª edição. Bauru: Edipro, 2008.

_____. **O futuro da democracia.** Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

BORGES, Clarissa Tatiana Assunção. **Justificação da legislação na perspectiva da legisprudência: princípios de avaliação e controle da legislação.** Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**, Ed. 34. Trad. de Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska, São Paulo, 1996.

_____. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública.** V. 34, n. 4, p. 7-26, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo.** 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Editora Âmbito Cultural, 2006. 1ª Edição.

COMPARATO. Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas***.** Revista de Informação legislativa, ano 35, nº. 138, abr./jun. 1998, p. 39-48.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. **A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CUÉLLAR, Leila. **As agências regiladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2011.

DAVIES, P. C. W. **Thermodynamics of Black Holes.** Rep. Prog. Phys. 41: 1313-1355.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. Tradução de Léo Noronha. **Cadernos da Escola do Legislativo**, nº 12, jan./jun. 2004, p. 101-143.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2ª Edição. São Paulo, 2001.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª edição. 2ª reimpressão. São Paulo: Altlas, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade.** Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ (coord.). **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Programas in **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 04. Dez/2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os seus princípios fundamentais**. 2ª edição. São Paulo, Malheiros, 1999.

GASPARETTO, Patrick Roberto. **A administração pública frente à lei inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOTTHEIL, Julio. **Common law y civil law: el common law y nuestro sistema juridico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1927.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARBELLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo. Dialética, 2002

LOCK, Fernando do Nascimento. Participação popular no controle da administração pública: um estudo exploratório in **Revista Eletrônica de Ciências Contábeis UFSM**. Volume I. N.1 Set/-Nov.2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito.** Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. **Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, INA, nº 1, abr/jun 1991, p. 39-49.

_____.; ALMEIDA, Marta Tavares de (org.). **Quality of legislation: principles and instruments**. Baden –Baden: Nomos, 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da reductio ad Hitlerum In: DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. 1ª Edição, São Paulo: Método, 2009. p. 103-127

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública in FIGUEIREDO, Marcelo (coordenador), **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.221-236.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Vladson; DINIZ, Godofredo; CEZAR, Frederico (org.). **Unidade de Assuntos Legislativos. Agenda Legislativa da Indústria 2012.** Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo. Martins Fontes: 1996.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. A nova concepção de princípio da legalidade no controle da Administração Pública in FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público Moderno. Homenagem especial a Paulo Neves de Carvalho.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.65-84

MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 26/06/2012.

_____. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 26/06/2012.

_____. Reforma Administrativa e Direito Adquirido. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 26/06/2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia.** Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES, Simone Lahorgue. **Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador.** São Paulo: Saraiva, 2007

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do ato administrativo**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. 1ª Edição. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social. Tradução Antonio de Pádua Danesi**. 3ª Edição. Editora Martins Fontes: São Paulo, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 8ª ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Letícia Camilo dos. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito**. Dissertação de Mestrado. UFMG, Belo Horizonte, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental: da dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHMITT, CARL. **Teologia Política,** Trad. Elisete Antoniuk. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Ato Normativo in FIGUEIREDO, Marcelo (coordenador), **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.237-247.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Fabiana de Menezes; **Fundamentos para uma Administração Pública participativa.** Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 1996.

_____. **Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação**. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p. 7-34.

_____. **Teoria da Legislação – Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica.** Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), ano I, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 20/01/2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. rev., aum. e

atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 50.

Leis, decretos e documentos

BELO HORIZONTE/MG. Lei Municipal nº 7.165 de 27 de agosto de 1996. Institui o plano diretor do município de Belo Horizonte. Disponível em www.cmbh.mg.gov.br. Acesso: 20/06/2012.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm. Acesso: 23/06/2012.

BRASIL. Lei º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis /l6938compilada.htm. Acesso: 23/06/2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 95, 26 de fevereiro de 1998 Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm . Acesso: 23/06/2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm. Acesso: 25/06/2012.

BRASIL. Lei º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso: 25/06/2012.

BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Decreto Federal nº 4.176 de 28 de março de 2002. Estabelece

normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ADIN nº 1296, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 10/08/1995. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.347/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 1/12/1995. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 153.531-SC. Rel. Ministro Marco Aurélio. DJ 13/03/1998. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-1823, Rel. Ministro Ilmar Galvão. DJ 16/10/1998. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 20/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 03/02/2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado: 18/01/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 09/05/2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 171-AgR, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, DJE de 29/02/2008. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 18/01/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.378, Rel. Min. Ayres Britto**,** *DJE* de 20/6/2008. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85.060, Rel. Min. Eros Grau, *DJE* de 13/02/2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**.** MS 26.064, Rel. Min. Eros Grau, *DJE* de 06/08/2010. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 25/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4218, Rel. Min. Luiz Fux, DJE nº 201 de 18/10/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 101/DF. Relª Ministra Carmem Lúcia. DJE de 04/06/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC - AgR-QO 1033 / DF - questão de ordem no Ag.Reg. na Ação Cautelar. Rel. Ministro Celso de Mello – Julgamento em 25/05/2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso: 28/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 97.749-SP. Relator Ministro Moreira Alves. RTJ, v. 108, t.1, p.309. Disponível em www.stf.jus.br . Acesso: 20/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 417.408-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli**,** *DJE* de 26/04/2012. Disponível em www.stf.jus.br . Acesso: 25/06/2012.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Constituição do Estado de 1989. Disponível em www.almg.gov.br . Acesso: 20/06/2012.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Complementar Estadual nº 78, de 09/07/2004. Dispõe sobre a elaboração, a alteração e a consolidação das leis do Estado, conforme o previsto no parágrafo único do art. 63 da Constituição do Estado. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso: 20/06/2012.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Delegada nº 178, de 20/09/2007. Dispõe sobre a reorganização do Conselho Estadual de Política Ambiental - COPAM e dá outras providências. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso: 20/06/2012

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Delegada nº 180, de 20/01/2011. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso: 20/06/2012.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Decreto Estadual nº 45.682, de 09/08/2011. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso: 20/06/2012.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Decreto Estadual nº 44.667, de 03/12/2007. Dispõe sobre a reorganização do Conselho Estadual de Política Ambiental - COPAM, de que trata a lei delegada nº 178, de 29 de janeiro de 2007 Disponível em www.almg.gov.br . Acesso: 20/06/2012.