

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

Yara de Melo Miranda Gonzaga

**FUNÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO  
FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO**

Belo Horizonte

2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

Yara de Melo Miranda Gonzaga

**FUNÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO  
FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo. Orientador: Professor Dr. Florivaldo Dutra de Araújo

Belo Horizonte

2014

---

Gonzaga, Yara de Melo Miranda

G642f      Função normativa da administração : uma análise acerca do fenômeno da deslegalização / Yara de Melo Miranda Gonzaga. - 2014.

Orientador: **Florivaldo Dutra de Araújo**  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Administração pública – Teses 2. Poder regulamentar I.Título

CDU: 35.078.2

---

G642f      Gonzaga, Yara de Melo Miranda  
Função normativa da administração : uma análise acerca do fenômeno da deslegalização / Yara de Melo Miranda Gonzaga. - 2014.

Orientador: Florivaldo Dutra de Araújo  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Administração pública – Teses 2. Poder regulamentar I.Título

CDU: 35.078.2

---

**Yara de Melo Miranda Gonzaga**

**FUNÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE ACERCA  
DO FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Gaduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, visando a obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo (Orientador)

Universidade Federal de Minas Gerais

---

Examinador 1

---

Examinador 2

## AGRADECIMENTOS

Todos que passam por nós deixam um pouco de si. Mas acredito que mais marcantes do que aqueles que se vão são aqueles que ficam. Como é bom saber que não estamos sós nesta terra maluca e que podemos contar com pessoas queridas, que festejam nossas alegrias, nossas vitórias e nosso crescimento!

A retribuição de todo este carinho e apoio vem na forma singela, mas sincera de agradecimento. E então agradeço!

Antes de todos, aos meus pais, minha vida, referencial de amor incondicional e amparo certo! Ao Bira pela amizade fraternal e por todos os dias de descontração. À Nati, irmã que a vida me trouxe e a ambos por me darem meus príncipes, Gabriel e Theo, que alegrem meus dias e me fazem lembrar como é gostoso o sabor da infância! Aos meus avós os exemplos de caráter, firmeza e dedicação, sempre acompanhados de suavidade e doçura. À Gegê por todo cuidado que me dispensou desde sempre e pelo sorriso aberto dia após dia. Aos amigos, por todos os momentos de descontração, pelas gargalhadas e pelos ombros, sempre a postos! A todos eles não poderia faltar o agradecimento pela compreensão com o desespero, as angústias e incertezas vividos ao longo do mestrado e com as diversas ausências, que se materializaram com a conclusão deste trabalho.

Agradeço, ainda, ao Professor Florivaldo, pela paciência, pelos ensinamentos e por me instigar, ainda que despretensiosamente, a cada contato, a buscar novas respostas para minhas próprias convicções. Ao Professor Luciano Ferraz, mestre que me ensinou o gosto pelo Direito Administrativo e tanto me estimulou para o ingresso no mestrado. Às Professoras Sirlene e Bruna, pelas contribuições e pelo incentivo no desenvolvimento do projeto de pesquisa e do trabalho final. E, considerando que não se pode realizar duas tarefas ao mesmo tempo, agradeço ao Daniel, que suportou parte do ônus de se contar com uma colega mestranda.

## RESUMO

O exercício da atividade normativa pela Administração Pública é um fenômeno que vem se verificando e sendo incrementado ao longo do tempo. Com a superação do Estado Liberal, a passagem pelo Estado Social e o ingresso no domínio do Estado Regulador esta atuação normativa tornou-se mais evidente, sobretudo com o advento das agências reguladoras, introduzidas, ao menos com esse nome, pela Reforma do Estado levada a efeito pela Lei 8.031/90 - substituída pela Lei 9.491/97 -, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização com a principal finalidade de transferir para a iniciativa privada as atividades até então indevidamente exploradas pelo setor público.

O presente trabalho visou ao estudo da função normativa da Administração Pública, detidamente à compreensão do fenômeno da deslegalização. Partiu-se, para tanto, da análise das funções do Estado, passando pela análise da evolução da separação dos poderes e da legalidade, as quais defendemos não apresentarem o mesmo conteúdo da época das revoluções burguesas, que as levaram a efeito, sendo necessária a leitura de ambos à luz da modernidade com vistas a acomodá-las à realidade do Estado atual.

A partir do exame de importantes expoentes da doutrina que tratam do tema da deslegalização e de precedentes jurisprudenciais sobre o assunto, buscamos encontrar fundamento constitucional para a legitimação da delegação normativa, afastando os posicionamentos a ela contrários e propondo um novo conceito para o instituto, almejando nele enquadrar os requisitos necessários à sua própria legitimação.

**Palavras-chave: Função normativa da Administração Pública. Deslegalização. Delegação normativa. Legitimidade.**

## **ABSTRACT**

The exercise of normative activity by Public Authorities is a phenomenon which has been observed and expanded over time. After the overcoming of the Liberal State, the passage through the Welfare State and the entrance to the domain of the Regulatory State this normative role has become more apparent, especially with the advent of regulatory agencies, introduced, at least under that name, by the State Reform put into effect by the Law 8.031/90 - replaced by the Law 9.491/97 - which established the National Privatization Program with the main purpose of transferring to the private sector the activities which had been unduly explored by the public sector.

The present work aimed to study the regulatory function of Public Authorities, closely to the understanding of the delegalization phenomenon. It started, therefore, from the analysis of the functions of the State, going through the analysis of the evolution of the separation of powers and legality, which we advocate do not present the same content as at the time of bourgeois revolutions, which put them into effect, making necessary the reading of both in the light of modernity in order to accommodate them to the reality of the current State.

From the examination of important doctrine exponents who deal with the issue of delegalization and judicial precedents on the matter, we seek to find a constitutional basis for the legitimation of normative delegation, moving it away from opposite positions and proposing a new concept for the institute, aspiring to frame the necessary requirements to its own legitimacy.

**Key words: Normative function of Public Authorities. Delegalization. Normative Delegation. Legitimacy.**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. FUNÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO: MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA LEGALIDADE E DA RESERVA LEGAL.....	13
1.1. A separação dos poderes.....	17
1.1.1. <i>Separação dos poderes e o exercício das funções na Constituição de 1988</i> .....	21
1.1.2. <i>Competência normativa da Administração versus competência legislativa</i> .....	24
1.1.3. <i>Regulação versus regulamentação</i> .....	27
1.2. A legalidade.....	31
1.2.1. <i>As duas vertentes do princípio da legalidade</i> .....	31
1.2.2. <i>Evolução do princípio da legalidade: do Estado Legal ao Estado Constitucional</i> .....	32
2. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS NORMATIVAS AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	42
2.1. Competências normativas primárias exercidas por órgãos distintos do Legislativo .....	47
2.1.1. <i>Decreto autônomo</i> .....	48
2.1.2. <i>Regimentos internos dos tribunais</i> .....	50
2.1.3. <i>Sentença normativa da Justiça do Trabalho</i> .....	51
2.1.4. <i>Normas expedidas pelo CNJ e pelo CNMP</i> .....	52
2.2. A deslegalização na doutrina brasileira .....	57
2.2.1. <i>A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello</i> .....	57
2.2.2. <i>A posição de Gustavo Binembojm</i> .....	58
2.2.3. <i>A posição de Marçal Justen Filho</i> .....	60
2.2.4. <i>A posição de Romeu Felipe Bacellar Filho</i> .....	62
2.2.5. <i>A posição de Luis Roberto Barroso</i> .....	63
2.2.6. <i>A posição de Sérgio Guerra</i> .....	64
2.2.7 <i>A posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i> .....	66
2.2.8 <i>A posição de Alexandre Santos de Aragão</i> .....	68
2.3. A deslegalização no Supremo Tribunal Federal.....	71
2.3.1. <i>RE nº 140.669-1/PE</i> .....	71
2.3.2. <i>RE nº 264.289/CE</i> .....	72



2.3.3. ADI nº 1.668/DF .....	74
2.4. A deslegalização no Superior Tribunal de Justiça.....	76
2.5. Síntese dos posicionamentos contrários à tese da deslegalização.....	77
3. A CONFORMIDADE DA DELEGAÇÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	78
3.1. Autorização para delegação normativa na Constituição da República.....	78
3.1.1. <i>Mutação constitucional da regra contida no art. 49, V.....</i>	81
3.2. Análise dos argumentos contrários à deslegalização.....	87
3.2.1. <i>Conformidade da deslegalização com a separação dos poderes, com o princípio da legalidade e com o art. 25, do ADCT: delegabilidade de competências normativas.....</i>	87
3.2.2. <i>Dever de obediência às leis pelas entidades delegadas.....</i>	89
3.2.3. <i>Conformidade com a hierarquia existente entre os atos legislativos e administrativos .....</i>	90
3.2.4. <i>Autorização constitucional para delegação normativa e mecanismos de controle.....</i>	91
3.3. Análise da jurisprudência do STF.....	92
3.4. Requisitos para a efetivação da deslegalização.....	95
3.4.1. <i>Delegação por meio de lei.....</i>	96
3.4.2. <i>Baixa densidade normativa da lei delegante e definição de standards.....</i>	96
3.4.3. <i>Observância do arcabouço normativo vigente .....</i>	97
3.4.4. <i>Edição de atos normativos secundários.....</i>	98
3.4.5. <i>Disciplina de matéria não essencial .....</i>	100
3.4.6. <i>Matéria de iniciativa do Poder Legislativo .....</i>	103
3.4.7. <i>Disciplina da matéria que tenha relação com as atividades finalísticas do órgão ou entidade que recebe a delegação .....</i>	103
3.5. O controle da deslegalização .....	105
CONCLUSÕES .....	106
REFERÊNCIAS.....	112

## INTRODUÇÃO

O Direito, bem como qualquer ciência, deve ser lido a partir de seu caráter instrumental, e não como um fim em si mesmo, inenso aos novos rumos que emanam dos campos social, econômico, cultural, urbanístico, ambiental, entre tantos outros capazes de interferir na realidade e no dia-a-dia dos cidadãos ao redor de todo o mundo.

Não se desconhece, contudo, que ao mesmo passo em que o Direito demanda reformas para se amoldar às conjunturas ditadas pela pós-modernidade, estas devem se submeter ao Direito, num inegável círculo virtuoso, afigurando-se impossível que se vejam regidas por suas próprias “*regras intra-sistêmicas*” (ARAGÃO, 2007, p. 8).

É dizer: as novas conjunturas reclamam mudanças, mas não têm o condão de jogar por terra as garantias constitucionalmente estabelecidas. Cabe ao intérprete do Direito, diante dessa aparente encruzilhada, encontrar alternativa que amolde a nova realidade aos ditames constitucionais, sobretudo à democracia, às prerrogativas dos Poderes e às garantias e direitos individuais, cláusulas pétreas da Constituição (art. 1º, *caput*, art. 60, §4º, art. 17, *caput*, art. 23, I, art. 34, VII, *a*, art. 90, II, art. 91, *caput*, e inciso IV, todos do Texto Constitucional).

É por isso que se pretende com este trabalho, sem pretensão de esgotar o tema, abordar a matéria da delegação de competências normativas ao Poder Executivo preservando a Constituição, buscando desvencilharmo-nos dos formatos e paradigmas jurídicos construídos no passado para albergar fatos e situações diversos dos que ora se descortinam.

A mudança não é isenta de “*contradições e tensões, que além de não serem inéditas na história do Direito Público, vem, ao longo dos tempos, constituindo a grande força motriz da sua evolução.*” (ARAGÃO, 2007, p. 9). Com efeito, sem este componente conflitivo, não haveria a possibilidade de debate de ideias, o diálogo entre diferentes pontos de vista, sempre abrem o caminho para novos rumos e concepções, com vistas ao contínuo e ininterrupto progresso e evolução da Ciência Jurídica.

É certo, todavia, que para além da conveniência e da necessidade de proceder à delegação de competências normativas ao Poder Executivo – mitigando-se as rígidas concepções da separação dos poderes e do princípio da legalidade – deve-se verificar a possibilidade de realizá-la, com supedâneo na Constituição da República, sob pena de transformar o Texto Constitucional em mera compilação de textos destituídos de qualquer valor normativo.

A tarefa será levada a efeito nos três capítulos seguintes. No primeiro, buscar-se-á demonstrar a evolução da teoria da separação dos poderes, associada às funções que lhes são inerentes, e do princípio legalidade, passando pela distinção entre competências normativas da administração e competência legislativa, em sentido estrito.

No segundo capítulo, apresentar-se-á o conceito de deslegalização, com a indicação do entendimento dos principais autores que tratam do tema no Direito nacional, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

Por fim, no último capítulo, abordar-se-á o tratamento constitucional em relação ao instituto da delegação de competências normativas ao Poder Executivo, com a indicação das condições e limites necessários a levá-lo a cabo.

Considerando-se que o presente trabalho tem por objetivo estudar os limites impostos pela Constituição à delegação normativa a órgãos e entidades da Administração Pública, insere-se ele na linha crítico-metodológica.

A pesquisa foi orientada pela vertente metodológica jurídico-dogmática, já que foram utilizadas no seu curso fontes formais do direito, a fim de compreender as relações normativas entre os ramos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, para avaliar a adequação das doutrinas e práticas vigentes com o ordenamento jurídico positivo. Considerando o estudo de conceitos doutrinas relativas ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, orientou-se, também o trabalho pela vertente metodológica jurídico-teórica.

As investigações realizadas são de ordem jurídico-interpretativas, pois visaram à decomposição do problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, e jurídico-propositivas, já que buscaram estabelecer limites ao exercício

dos poderes legislativos pela Administração Pública. A efetivação dessas investigações ocorreu a partir da aplicação do método dedutivo-indutivo, acrescido do procedimento de análises teóricas de legislação e doutrinas.

A pesquisa teórica realizou-se a partir de estudos doutrinários sobre o tema e sobre as normas constitucionais que autorizam e limitam a delegação legislativa, bem como por meio do confronto das soluções encontradas pela doutrina com as normas constitucionais e com a jurisprudência.

A pesquisa envolveu conhecimentos de natureza interdisciplinar, já que objetivou a testar estruturas do Direito, bem como a eficácia de suas normas, a partir do confronto do Direito Administrativo com o Direito Constitucional. Para tanto, foram utilizadas apenas fontes diretas, tanto primárias (legislação e jurisprudência), quanto secundárias (doutrina).

Quanto ao procedimento metodológico, valeu-se o trabalho da pesquisa teórica, de forma que os institutos foram abordados sob o panorama da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

## 1. FUNÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO: MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA LEGALIDADE E DA RESERVA LEGAL

A estrutura organizacional estatal é composta por Poderes, por meio dos quais o Estado expressa sua autonomia e soberania. A cada um deles corresponde uma função, por intermédio de que são levadas a efeito as finalidades estatais.

A concepção clássica de separação dos poderes, tema que será abordado no capítulo seguinte, obedece ao modelo tripartite, que atribui tipicamente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, as funções legislativa (ou normativa), executiva (ou administrativa) e jurisdicional.

Ressaltar as atribuições conferidas a cada um dos órgãos estatais é indispensável para que o instituto da separação dos poderes não se convale em mera divisão orgânica, o que seria desprovido de finalidade prática. É o que ressalta Agustín Gordillo:

É de certa importância recordar que no passado as vezes incorria-se no erro de supor que a divisão de poderes significava que cada um dos três poderes era “soberano em sua esfera”, ou que cada poder legislava, administrava e julgava sua própria atividade. Esta concepção é completamente equivocada, pois o essencial em relação à teoria analisada é a separação de funções e não apenas a separação em órgãos: uma divisão em órgãos não acompanhada de uma divisão de funções no é propriamente garantia de liberdade e nem responde à finalidade almejada.

Deste modo, a divisão de poderes significa que cada poder, cada órgão do Estado, tenha sob sua responsabilidade apenas uma função de Estado; se isso não se realiza com perfeição na prática, não significa que a teoria possa ser enunciada no sentido criticado, de que cada poder deva realizar as três funções em sua própria esfera de atuação. A “divisão dos poderes” se manifesta em uma “separação de funções” [...]. (GORDILLO, 2003, p. IX-2 – tradução nossa)

Nesse passo, adotando-se a conceituação de Seabra Fagundes, a função legislativa, cronologicamente, a primeira manifestação do Estado, tem de ver com a criação do direito positivo, mediante edição de normas dotadas de generalidade, abstração, obrigatoriedade e novidade, destinadas a regular a vida em sociedade.

A função jurisdicional, ao seu turno, tem como elemento a individualização da lei a situações jurídicas concretas, produzindo a coisa julgada que tranca definitivamente o conflito. O seu exercício visa à restauração da legalidade, mediante interpretação e aplicação definitiva do direito posto “*quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito*”. (FAGUNDES, 1967. p. 26)

A manifestação desta função pressupõe não apenas uma situação conflitiva, surgida no exercício do direito, como a necessidade de provocação, pelas partes do litígio, do órgão incumbido de sua realização. A função jurisdicional visa à interpretação definitiva do direito controvertido, que será aplicada em substituição à vontade das partes envolvidas no litígio, produzindo coisa julgada e o trancamento definitivo da contenda levada a juízo.

Semelhantemente à função jurisdicional, a função administrativa também tem por objetivo a individualização da lei ao caso concreto, por intermédio do Poder Executivo, sem o conteúdo de definitividade e de imperiosa provocação do particular, contudo. Trata-se de realizar o direito, amoldando-o às situações práticas que se inserem no enunciado da norma. “*Isso se dá por um trabalho de individualização, através do qual ela [a norma] se torna praticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade de seu enunciado.*”<sup>1</sup> (FAGUNDES, 1967. p. 19)

---

<sup>1</sup> A definição relativa à função administrativa, no entanto, não é isenta de críticas. Augustín GORDILHO sustenta que as funções legislativa e jurisdicional são geralmente conceituadas com os mesmos contornos pelos diversos doutrinadores ao longo do tempo. Mas em relação à função executiva, por maiores que tenham sido os esforços, ninguém se prestou a conceituá-la de modo preciso, com vistas a harmonizá-la com as outras duas funções do Estado. É que o autor entende que a atividade regulamentar (materialmente idêntica à função legislativa) e as decisões tomadas em sede de processo administrativo (semelhantes à função jurisdicional) estariam abarcadas pela função administrativa. Sustenta o jurista que “*todos estes conceitos de tipo material e positivo – é dizer, que definem diretamente e não por exclusão a essência da função administrativa-, ao passo que dão uma certa ideia do que seja administração, são imprecisos. Todas essas definições, com efeito, conceituam a função administrativa como realização de algo concreto em casos individuais – opondo-a assim à legislação (norma abstrata e geral) e à jurisdição (norma individual, mas abstrata) -; mas essa noção não é adequada, porquanto já se viu que o poder regulamentar da administração integra a função administrativa, sendo precisamente contrária às definições citadas (já que regulamento é uma norma abstrata e geral). Este tipo de definição material não pode prosperar, em consequência, pois a função administrativa compreende atividades que são materialmente idênticas à função legislativa (os regulamentos) e à função jurisdicional (a decisão adotada pelo Poder Executivo em recurso hierárquico apresentado em face de um ato de órgão inferior), tomadas estas, também em sentido objetivo.* (2003, p. IX-6). Diante disso, o autor propõe os seguintes critérios para definição da função administrativa: “*a) em primeiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos administrativos e autoridades administrativas independentes (critério subjetivo); b) em segundo lugar,*

Há quem entenda que a concepção de função administrativa se altera no espaço e no tempo, de acordo com as atividades deixadas a cargo da Administração, a depender da concepção de Estado constitucionalmente forjada. Nestes sentido, destaca Marçal JUSTEN FILHO:

A grande dificuldade em definir a função administrativa reside na dinamicidade, na abrangência e na heterogeneidade do conceito.

Por um lado, cada Estado e cada sociedade desenvolveram, ao longo da história, as próprias concepções quanto à função administrativa. Ou seja, função administrativa não é algo definível segundo uma concepção abstrata e teórica, porque reflete o modo como a Nação forjou uma concepção concreta de Estado, que se reflete no seu direito positivo.

Portanto, o conceito de função administrativa adotado pelo direito positivo brasileiro não é resultado apenas da lógica e da razão, mas deriva da evolução histórica e de razões de ordem política. Ao longo do tempo, verificou-se a ampliação do conceito de função administrativa. A modificação das concepções quanto aos modelos de Estado traduziu-se preponderantemente na alteração do conteúdo da função administrativa. Alguns chegaram a aludir à administrativização do Estado contemporâneo, para indicar que a função administrativa sofreu grande ampliação. (2012, p. 93)

É de se ressaltar, todavia, que embora se possa falar em atividades preponderantes a cada um dos Poderes, todos eles exercem, também, funções que lhes são atípicas. É dizer: cada uma das citadas funções tem pertinência primordial com um dos órgãos que compõem o Estado, o que não implica sustentar que eles a executem com exclusividade.

Neste sentido, já sinalizava a clássica lição de SEABRA FAGUNDES (1967, p.17-18):

O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de se notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência

---

*toda a atividade que realiza o órgão legislativo, excluída a função legislativa (em sentido material e orgânico) que lhe é própria (critério residual); c) em terceiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos judiciais, excluída a função jurisdicional (em sentido material e orgânico) que especificamente realizam (critério residual).* (GORDILLO, 2003, p. IX-32)

primordial ou predominante. Ao Poder Legislativo delega o direito escrito a quase totalidade das atribuições de natureza legislativa, como, de modo semelhante, delega as de natureza administrativa e jurisdicional aos Poderes Executivo e Judiciário, respectivamente.

A moderna doutrina do Direito Administrativo corrobora o entendimento acima apontado, como demonstra o escólio de Marçal JUSTEN FILHO (2012, p. 89):

O sistema de separação de poderes cumpre melhor sua função na medida em que não haja um Poder absolutamente preponderante sobre os demais. A essência desse princípio está na separação harmônica e na conjugação de poderes.

No entanto, a independência absoluta de cada Poder geraria situações de impasse. Se cada Poder fosse absolutamente independente seria difícil promover uma atuação harmônica ente eles. Surgiriam conflitos insuperáveis, especialmente porque é inviável que cada Poder exercite um único tipo de função.

Por isso, a separação de poderes conduz à autonomia relativa, em que cada um dos poderes exercita preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função. Ressalte-se que nenhum dos poderes é titular exclusivo de cada uma das funções nem cada uma das funções é desempenhada exclusivamente por um dos poderes. Ou seja, cada Poder é investido de uma função principal, mas desempenha acessoriamente outras funções.

Esta concepção mitigada do princípio da separação dos poderes e suas respectivas funções é fruto da evolução do papel do Estado, que se fez acompanhar da atenuação do rigor do conceito de legalidade, tópico que, assim como a divisão de poderes, será abordado a seguir, com enfoque no exercício da função normativa pelos órgãos e entidades da Administração Pública, tendo em vista o escopo do presente trabalho.

Por questões didáticas os temas serão tratados em separado, mas não se desconhece a interdependência de ambos, assim como o surgimento e evolução conjunta da separação dos poderes e do princípio da legalidade.



### 1.1. A separação dos poderes

Até o século XVIII, sob influência do regime absolutista, todos os poderes eram conferidos ao monarca, que se identificava com o próprio Estado. *L'Etat c'est moi*, dizia a máxima absolutista, proferida por Luis XIV.

A separação dos poderes, sistematizada pelo pensamento de Montesquieu, veio romper com esta estrutura absolutista, e representou o grande trunfo das revoluções burguesas do século XVIII para impedir a concentração de funções estatais em uma única estrutura organizacional e, assim, assegurar a liberdade dos indivíduos mediante diluição dos poderes entre órgãos distintos e independentes.

A teoria de Montesquieu partia da premissa de que todo homem que detém o poder tende a dele abusar, do que decorre que aquelas autoridades que fazem as leis não devem responsáveis por aplicá-las ou executá-las; que aqueles que as executam não possam fazê-las e nem julgar sua aplicação e que o que as julgam não as façam ou executem.

Objetivava-se, ao final, o equilíbrio entre as forças estatais, com vistas a evitar a supremacia de qualquer poder sobre os demais, de modo que o poder fosse controlado e contido pelo próprio poder, por intermédio do sistema de freios e contrapesos, assegurando-se, assim, *“a liberdade dos indivíduos mediante enfraquecimento do poder, resultante de sua distribuição em órgãos distintos”* (MEDAUAR, 2003, p. 120).

Maurício FIORAVANTI (*apud* MOTTA, 2007, p. 27) destaca que a separação dos poderes, para além da proteção aos indivíduos, mediante restrições impostas ao Estado, tinha também a função de proteger os próprios poderes estatais contra interferências e *“vontades particulares, individuais e de grupos, operantes na sociedade civil”*.

As atividades do Estado, à época, limitavam-se ao mínimo necessário a garantir a liberdade individual. Competia ao aparato estatal garantir a segurança, realizar a justiça e a tributação e assegurar a existência e manutenção de espaço para livre atuação do indivíduo, sobretudo, mas não exclusivamente, no domínio econômico.

As reduzidas competências do Estado tinham por fundamento a crença no direito natural, combustível para as revoluções burguesas, cujos seguidores acreditavam na existência de valores e pretensões humanas legítimas e preexistentes à organização do Estado, portanto não emanada por normas por este ditadas. (BARROSO. 2005, p. 10)

O surgimento do Direito Administrativo verificou-se neste contexto de submissão do Estado a normas mais rígidas para observância do direito dos indivíduos, com vistas à contenção dos abusos e desmandos verificados à época do Antigo Regime.

O pretense equilíbrio entre poderes, bradado pelo modelo tripartite, não se verificava na prática, no entanto. Com efeito, o que ocorreu foi a supremacia do Legislativo, representante do povo, incumbido de elaborar leis gerais e abstratas para serem observadas e aplicadas imparcialmente pelo Executivo, sob os olhos do Judiciário, a quem cabia assegurar a observância dos direitos individuais no exercício da atividade legislativa. Ressalta a doutrina:

A conhecida concepção de Montesquieu pregava o equilíbrio entre Legislativo e Executivo, fazendo da legalidade um compromisso entre o parlamento e o monarca, embora tal teoria não tivesse o condão de obscurecer a primazia do parlamento e o prestígio quase sagrado da lei. (MOTTA. 2007, p. 44)

Não há que se negar que o princípio da separação dos poderes, em sua concepção clássica, teve seu papel na construção do Estado, e na superação do regime despótico, mas hoje não pode representar obstáculo para consecução dos direitos fundamentais, razão última da existência do Estado.

Nessa esteira, assevera Fabrício MOTTA (2007, p. 56) que o princípio continua a merecer destaque na configuração do Estado. Todavia, deve-se considerar que não está ele “*a serviço do primado da lei e do legislador, mas da limitação dos poderes*”, com vistas à consecução dos direitos fundamentais.

Esta mudança de paradigma acarretou o abalo da clássica engenharia da separação dos poderes, passando a contar com a intervenção do Poder Executivo na legalidade definida pelo Parlamento. Com fundamento em Alejandro Nieto, ressalta Fabrício Motta que

O processo de 'produção normativa' é marcado por 'quebras' à suposta exclusividade do legislador: a primeira na hora de expressar-se a vontade popular pelo Legislativo, como consequência dos filtros e limitações próprios de uma sociedade pluralista; e a segunda, como consequência da atuação da mesma mecânica no interior da Administração, mascarada ainda pela existência de um novo grupo social e centro de poder: a burocracia, que também intervém no processo de produção normativa.

Aceitar este entendimento implica relativizar o caráter tido como absoluto de dois importantes esteios do Estado Liberal: a) a vontade geral é soberana, sendo, por isso, suprema com relação à legitimidade monárquica. O Legislativo, onde se abrigam os representantes do povo, teria nítida prevalência sobre o Executivo; b) a lei é expressão racional de uma vontade geral, posta pelo parlamento com valor absoluto e incontestável em razão de sua legitimidade democrática. (MOTTA, 2007, p. 46 *et seq.*)

A mudança acompanhou a própria evolução do direito e na sociedade. Com efeito, na atualidade, a separação dos poderes, para além da divisão organizacional e de segmentação do poder político, se justifica pela garantia dos direitos fundamentais, consoante adverte a doutrina:

(...) a separação dos poderes é um mecanismo organizacional que se justifica pela afirmação dos direitos fundamentais. As diferentes autoridades se vinculam e se comprometem com a defesa da dignidade humana e a dissociação de competências adquire uma dimensão finalística. Deixa de se constituir em uma simples técnica de organização do poder político e se configura como meio para atingimento de fins constitucionalmente protegidos. (JUSTEN FILHO. 2012, p. 88):

A realização dos direitos fundamentais e dos demais preceitos insculpidos no texto constitucional passa a ser, pois, o mote de atuação do Estado. Não mais se justifica a prevalência de um poder sobre o outro, já que todo o poder emana da Constituição a ela deve respeito. Neste sentido, adverte Nuno PIÇARRA (1989, p. 196):

Nem o poder legislativo, nem o poder executivo, nem o poder judicial são os 'autores do seu próprio poder', mas a Constituição, ato do superior poder constituinte. Por isso, qualquer dos poderes constituídos está vinculado aos direitos fundamentais que a constituição consagra, e deve poder fiscalizar se os outros poderes estaduais os violam.

[...]

O monismo do legislador é substituído pelo pluralismo dos poderes constituídos, todos igualmente subordinados à constituição e dotados das competências que esta lhes atribui.

Somada à equiparação material dos poderes pela Constituição (a formal já havia sido implementada desde a adoção da tripartição dos poderes, no período pós-absolutista), *“no tocante à origem dos poderes, com o advento do Executivo eleito, não mais se justificaria a supremacia do legislativo, pois haveria a situação de opor o povo contra o povo, ou representantes do povo contra representantes do povo”*. (MEDAUAR, 2003, p. 121)

Nesse passo, cabe ao Executivo, ora posicionado em patamar equivalente ao Legislativo, a atuação conforme ao Direito e não à legalidade estrita, sempre sujeito ao controle dos demais poderes, manifestação do sistema de freios e contrapesos, e da sociedade. Veja-se o que diz a doutrina:

Atualmente, desenvolvida e adaptada a novas concepções e relacionada à idéia do controle do Estado Democrático, a Teoria da Separação dos Poderes além de determinar o sistema de freios e contrapesos entre as funções estatais, objetiva aumentar a eficiência do Estado pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados. (MADEIRA. 2003, p. 276)

O Executivo abandona, então, seu papel meramente administrativo-concretizador, para sagrar-se, junto com os demais poderes, como protagonista da materialização de direitos e deveres, funcionando a Constituição como habilitadora das competências administrativas e como critério para tomada de decisões em toda a Administração Pública. É o que sinaliza Paulo OTERO (2003, p. 735):

Houve, aqui, como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. Compreende-se neste preciso sentido, que se afirme, segundo expressa disposição constitucional, que os órgãos e agentes administrativos, além de subordinados à lei, estejam também subordinados à Constituição.

[...] A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição.

Uma tal substituição da lei pela Constituição, transformando esta última em fundamento do agir administrativo, encontra duas principais áreas de incidência:

- a) A Constituição como norma direta e imediatamente habilitadora de competência administrativa;
- b) A Constituição como critério imediato de decisão administrativa.

Esta mitigação da clássica leitura da separação dos poderes, como não poderia deixar de ser, implica revisitar o papel da Administração Pública na construção do direito. A partir da noção renovada de legalidade e dos poderes normativos que a Administração Pública pode editar, é que se pretende examinar os aspectos principais deste trabalho.

### *1.1.1. Separação dos poderes e o exercício das funções na Constituição de 1988*

A separação dos poderes idealizada por Montesquieu foi adotada em diversos países, os quais lhe atribuíram, configurações e características próprias, que refletem suas experiências históricas.

Logo, embora a divisão de poderes apresente um núcleo comum a todos os ordenamentos que a adotaram, *“o direito positivo de cada país consagra soluções próprias e inconfundíveis”* (MARÇAL, 2012, p. 88).

No Brasil, a Constituição da República consagrou, logo no início, a separação dos poderes<sup>2</sup>, aos quais atribuiu independência, ressaltando a harmonia entre eles, na forma do art. 2º, *verbis*:

---

<sup>2</sup> Não se desconhece a lição de Marçal Justen Filho (2012), que preconiza o Tribunal de Contas e o Ministério Público, por sua autonomia, independência e funções típicas alheias às demais estruturas organizacionais, como Poderes apartados dos demais poderes do Estado. Segundo entendimento do autor, *“É relevante assinalar que a CF/88 instituiu outras duas estruturas orgânicas, com características jurídicas inerentes à condição de Poder. O Tribunal de Contas e o Ministério Público são titulares de competências próprias insuprimíveis e foram instituídos com autonomia em face dos demais poderes. É irrelevante que a Constituição tenha mantido o Ministério Público como integrante do Poder Executivo e o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Legislativo. Ambos são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas. As atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas ao podem ser exercidas senão por eles próprios. Mais ainda, ambas as instituições têm estrutura organizacional própria e autônoma, e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento independente e o controle sobre os outros poderes. Enfim, são*

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A independência a que se refere o dispositivo deve ser lida com temperamentos, pela absoluta impossibilidade de se proceder à separação estanque das funções estatais e tendo em vista a reciprocidade de controle entre os três Poderes, com vistas à harmonização de que trata o dispositivo.

Fossem a independência lida em sua literalidade, as prerrogativas dos poderes se entrecrocariam, causando conflitos, ao invés de contribuírem para a manutenção do Estado de Direito, da ordem e para a garantia dos direitos individuais almejados com a separação.

Como se apontou no capítulo inaugural, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário correspondem, respectivamente, as funções legislativas, administrativa e jurisdicional. Quando cada um destes órgãos exerce sua função típica, diz-se que estão a desempenhar função formal e materialmente<sup>3</sup> legislativa, administrativa ou jurisdicional, respectivamente.

É a função em sentido material que interessa ao presente trabalho, posto que cada um dos poderes, por expressa previsão constitucional, desempenha, excepcionalmente, funções tipicamente atribuídas à outro Poder .

É dizer: embora a Constituição da República aloque as funções típicas de cada poder sob a competência de seu titular natural, é certo que todos os poderes desempenham funções atípicas, no exercício de suas finalidades, funções estas que tipicamente incumbiriam a outro Poder.

---

*estruturas organizacionais autônomas a que correspondem funções inconfundíveis. Tudo o que caracteriza a existência de um "poder" está presente na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Só não têm a denominação formal de Poder. Portanto, e sob o prisma jurídico, deve-se reconhecer a existência de cinco poderes no Estado brasileiro. [...]"* (JUSTEN FILHO, 2012, p. 92) A divisão adotada neste trabalho, todavia, seguirá a divisão estabelecida pelo art. 2º da CR/88, que se afiguram suficientes para a finalidade aqui almejada. Ademais, discorda-se da visão do administrativista, de que "a Constituição tenha mantido o Ministério Público como integrante do Poder Executivo". Entendemos que não é possível extrair do Texto Constitucional esta assertiva, que nem mesmo estruturalmente encontra respaldo constitucional, haja vista que o Poder Executivo (art. 76 e ss.) vem inserido em capítulo distinto do Ministério Público, enquadrado como órgão essencial à justiça (art. 127 e ss.).

<sup>3</sup> O aspecto formal do exercício de cada uma das funções estatais tem pertinência com o órgão tipicamente competente para o exercício de cada uma das funções. Sob a ótica formal, portanto, todos os atos emanados do Poder Legislativo do Poder Executivo e do Poder Judiciário, independentemente de seu conteúdo, serão formalmente legislativos, administrativos e jurisdicionais. O aspecto material, por outro lado, diz respeito ao conteúdo, à substância, às características do ato produzido por cada um dos Poderes.

É o que se passa quando o Legislativo julga crimes de responsabilidade do Presidente e Vice-Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos membros do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado Geral da União (art. 52, I e II da Constituição da República). Neste caso, o Senado Federal pratica ato materialmente jurisdicional.

De igual modo, o Poder Legislativo pratica função estritamente administrativa quando realiza concurso público para preenchimento de seus cargos, com aplicação das regras constitucionais pertinentes (art. 37, *caput* e incisos I a V, da CR/88) e dos estatutos dos servidores públicos.

O mesmo ocorre quando o Poder Judiciário realiza procedimento licitatório para aquisição de móveis e equipamentos para suas repartições. Não se trata de ato jurisdicional, mas do desempenho de função materialmente administrativa, que deverá calcar-se em obediência ao Estatuto das Licitações e Contratos e demais normas pertinentes às seleções e contratações públicas.

O Judiciário desempenha, também, atos de natureza materialmente legislativa quando se vale de sua prerrogativa para iniciativa de leis que tenham pertinência com o Judiciário (*v.g.*, art. 125, §1º e 3º, da CR/88), ou mesmo quando vota o seu regimento interno. Nesta última hipótese, as normas editadas poderão apresentar, como de fato apresentam, tal como as leis em sentido formal, características de generalidade, abstração, obrigatoriedade e novidade. É o caso do art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que disciplina o agravo regimental, não previsto no Código de Processo Civil.

No exercício de suas funções, o Executivo, a seu turno, detem atribuições legislativas para editar atos de cunho materialmente legislativo, tal como ocorre com as medidas provisórias ( art. 62 da CR/88) e com as leis delegadas (art. 68 da CR/88).

Observa-se, portanto, que não há titularidade absoluta e exclusiva no desempenho das funções por cada um dos poderes. A separação trata, em verdade, de atribuir a cada um deles uma função principal, típica, que não exclui o

desempenho de outras funções, acessórias, que não se enquadram no âmbito de suas atribuições primordiais.

Ademais, a atuação de cada um dos Poderes (ou órgãos) e de qualquer outros órgãos pertencentes à sua estrutura, ou componentes da Administração Indireta será exteriorizada como manifestação do poder (uno e indivisível) do Estado.

As funções nada mais são, pois, do que a forma por intermédio da qual o Estado manifesta o seu poder, tendo os órgãos a ele vinculados como veículo de conduta da vontade dele própria. Assim, toda atuação dos órgãos estatais, seja ela de cunho legislativo, administrativo ou jurisdicional, é imputada ao próprio Estado, enquanto detentor do Poder que lhe foi conferido pela Constituição da República.

#### *1.1.2. Competência normativa da Administração versus competência legislativa*

A competência normativa, em sentido lato, designa o poder de produção de normas gerais e abstratas que disciplinem a conduta dos indivíduos. Trata-se de gênero, da qual são espécies outras categorias normativas, entre as quais a competência legislativa (titularizada pelo Poder Legislativo) e a competência normativa do Poder Executivo.

É que “o Legislativo não é titular do monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta (...)” (GRAU, 2005, p. 244). Com efeito, a Constituição de 1988 consagrou o princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que reconheceu a possibilidade de edição de regulamentos pelo Poder Executivo.

A competência do Poder Executivo para edição de atos de cunho normativo, efetivada no exercício dos poderes regulamentar e regulatório, foi destacada no tópico anterior. Esta atribuição para criação de normas jurídicas insere-se na definição mesma da função administrativa. Veja-se a conceituação adotada pela doutrina:

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação dos interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma



organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 94)

O traço relevante da conceituação para este trabalho é o exercício dos poderes jurídicos “*sob regime jurídico infralegal*”. Esta infralegalidade, conforme ressalta o próprio autor do conceito citado, implica dizer que o Poder Executivo não pode introduzir no ordenamento jurídico normas primárias.

É dizer: a função administrativa compreende a edição de normas jurídicas, que serão dotadas de generalidade e abstração, mas que se afigurarão complementares àquelas editadas pelo Poder Legislativo. Não terão as normas, portanto, o condão de inovar primariamente o ordenamento jurídico.

Esta capacidade de inovação é o traço distintivo ente as normas produzidas sob o pálio da função normativa da administração e aquelas editadas sob a guarida da função legislativa, desempenhada pelas casas legislativas.

Somente ao Legislativo é dado inovar primariamente o ordenamento jurídico, conforme preceitua o princípio da legalidade<sup>4</sup>, insculpido no art. 5º, II da Constituição da República.

Interessa, neste tópico, definir em que consistem a inovação primária e a inovação secundária, que distinguem a função normativa da administração, vinculada à função administrativa, da função legislativa.

A inovação primária é aquela que, retirando fundamento de validade diretamente da Constituição da República, traz para o ordenamento jurídico novos direitos e obrigações para os particulares. Esta atribuição é reconhecida originariamente ao Congresso Nacional, às Assembléias Legislativas dos Estados e às Câmaras de Vereadores dos Municípios, detentores da função legislativa típica. Tais órgãos podem inovar o ordenamento jurídico mediante edição de atos material e formalmente legislativos.

Também detém competência normativa primária o Conselho Nacional de Justiça – e o Conselho Nacional do Ministério Público<sup>5</sup> –, a teor da decisão do

---

<sup>4</sup> O princípio da legalidade e a evolução de sua leitura, serão melhor abordados em capítulo próprio.

Supremo Tribunal Federal na ADC nº 12, que assentou que os atos normativos emanados daquele primeiro órgão arrancam fundamento diretamente do art. 103-B, §4º da Constituição da República, incluído pela EC nº 45/2004. Esta questão será melhor abordada no capítulo seguinte. Como não exercem função legislativa típica, os atos por eles expedidos são apenas materialmente legislativos mas, de todo modo, têm o condão de inovar o ordenamento jurídico.

Por outro lado, a inovação secundária é aquela que retira fundamento de validade não do Texto Constitucional, mas da lei a que se visa disciplinar. O alcance da inovação, naturalmente, é mais restrito. Mas não se pode chegar ao absurdo de defender que não há qualquer inovação, como já se sustentou no passado<sup>6</sup>.

Ora, sustentar que todas as inovações devessem ser produzidas exclusivamente por meio de lei formal, equivaleria a sustentar a absoluta inutilidade dos regulamentos, o que naturalmente não tem amparo na Constituição, que não preveria instituto destituído de qualquer finalidade prática. Por isso, dizer que o âmbito de inovação do regulamento é restrito significa dizer que deve ele estar em sintonia com a lei que disciplina a matéria por ele veiculada. É dizer: a inovação deve-se balizar pela lei regulamentada.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello (ADI 561-8), já se manifestou neste sentido, reconhecendo o caráter inovador dos regulamentos, limitado ao conteúdo da lei a que se vincula. Observou o Ministro:

Não obstante a função regulamentar efetivamente sofra os condicionamentos normativos impostos, de modo imediato, pela lei, o Poder Executivo, ao desempenhar concretamente a sua competência

---

<sup>5</sup> Conforme demonstraremos no capítulo seguinte, as conclusões da decisão da ADC nº 12 do STF, que tratou da competência normativa do CNJ, são também aplicáveis ao Conselho Nacional do Ministério Público.

<sup>6</sup> Marilda de Paula SILVEIRA, em sua tese de doutorado junto à Universidade Federal de Minas Gerais, ressaltou: "*Tradicionalmente, o poder regulamentar da Administração Pública foi vinculado à prerrogativa de editar atos complementares à lei que permitissem a sua efetiva aplicação. Nesse sentido, os atos regulamentares teriam caráter executivo e não poderiam ampliar ou alterar as previsões normativas, sob pena de invadirem competência reservada ao Poder Legislativo.[...] Mais recentemente, o alcance dos regulamento foi vinculado ao conceito de discricionariedade técnica e o rol de regulamentos autônomos foi ampliado. Na perspectiva de delegação da competência regulamentar, por meio de leis, o fenômeno foi intitulado como deslegalização por alguns autores e pela jurisprudência. Em que pesem as divergências a respeito do tema, converge-se no sentido de que o desenvolvimento científico, as especificidades das questões técnicas, a necessidade de atualização constante e a dificuldade de se alcançar determinados consensos, tornaram quase indispensável que certas matérias encontrem espaço na esfera regulamentar [...]*". (2013, p. 69 et seq.)

regulamentar, não se reduz à condicação de mero órgão de reprodução do conteúdo material do ato legislativo a que se vincula.

Reconhecido o conteúdo inovador das normas de caráter secundário, o que se pretende demonstrar ao final deste trabalho é que a lei da qual esta norma retira fundamento pode ser dotada de baixa densidade normativa, deixando ao órgão ou entidade por ela indicado, a depender da matéria tratada, ampla abertura para tratar da temática por ela proposta.

Não se trata, portanto, de regulamento autônomo, que retira de fundamento de validade diretamente da Constituição da República (e não da lei) e, no Brasil, só tem lugar nas hipóteses do art. 84, VI, do Texto Constitucional.

### *1.1.3. Regulação versus regulamentação*

Para a melhor abordagem do tema proposto, importa fixar os conceitos de regulamentação e regulação no direito brasileiro. Isso porque a confusão dos conceitos ora tomados como institutos distintos, ora como sinônimos, comumente verificada em autores de renome que tratam do tema, acarreta a abordagem inadequada da edição de regras pelas administração.

A própria Constituição da República faz essa distinção entre função regulamentar e função regulatória, como se extrai dos seguintes dispositivos, respectivamente:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

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.

Discorrendo sobre o tema, DI PIETRO (2005, p. 203) sustenta que o vocábulo “regulação”, embora encerre vários sentidos, é de uso corrente para significar genericamente a “formulação de regras”. Para a autora, “*regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o*

*Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou indireta. Nesse sentido amplo, a regulação é gênero de que a regulamentação é espécie”.*

Em sentido estrito, o vocábulo abrange a regulação da atividade econômica e a regulação social, e “*constitui-se como conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público*” (DI PIETRO, 2005, p. 206).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, após apresentar três definições distintas de regulação<sup>7</sup>, escalonadas em graus de intensidade, opta pelo sentido que chama de intermediário, correspondente “*ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada*”. Excluem-se, pois, as intervenções diretas do Estado no domínio econômico (Estado empresário) e o estudo dos regulamentos (atividade privativa do Chefe do Executivo, como se demonstrará a seguir).

Diante disso, arremata o autor, a regulação deve ser considerada sob a ótica de suas três prerrogativas básicas: “*a) a edição de normas; b) a implementação concreta das citadas normas; e c) a fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações*” (OLIVEIRA, \_\_ p. 5).

Trata-se, pois, de uma composição de interesses públicos e privados, sempre tendo em vista a ideia de que a atividade privada é essencial para o alcance do interesse público. Para tanto, é evidente que o ente regulador deve chamar os sujeitos regulados ao diálogo (tal como ocorre no procedimento regulatório norte-americano, acima alinhavado), de modo a não apenas legitimar sua atuação, mas, sobretudo, a atender, da forma mais eficiente possível, aos anseios da sociedade.

A preocupação com a eficiência da regulação passou a ter relevância ímpar após o advento da EC nº 19/98, que a inseriu entre os princípios constitucionais expressos da Administração Pública (art. 37, caput). No campo

---

<sup>7</sup> Sustenta o autor que a regulação é “expressão polissêmica que compreende, ao menos, três acepções: a) em sentido amplo, a regulação é toda forma de intervenção estatal, correspondendo ao conceito genérico de intervenção estatal na economia, o que engloba tanto a atuação direta do Estado como empresário, como o estabelecimento de condições para o exercício de atividades econômicas; b) em sentido menos abrangente (que chamaríamos de “intermediário”), a regulação estatal equivale ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se, portanto, a atuação direta do Estado na economia; e c) por fim, em sentido estrito, regulação é somente o condicionamento da atividade econômica por via de lei ou ato normativo.

específico da regulação, a eficiência consiste em um dos motes da Análise de Impacto Regulatório<sup>8</sup>, instrumento destinado à avaliação da qualidade da regulação.

A regulamentação, lado outro, é designativa da atividade de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, nos termos do que dispõe o art. 84, IV da Constituição da República, e destina-se ao detalhamento dos comandos legais expedidos pelo Poder Legislativo:

No direito brasileiro, o poder regulamentar destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a edição de regulamentos, veiculados por meio de decretos. Trata-se dos chamados regulamentos de execução, de competência privativa do Chefe do Executivo, são atos administrativos que estabelecem normas gerais. (MEDAUAR, 2006, p. 116)

(...)

O poder regulamentar enfrenta duas ordens de limitações: de um lado, não pode exceder os limites da função executiva, o que significa dizer que não pode substituir a função legislativa formal (do Poder Legislativo), modificando ou ab-rogando leis formais; de outro lado, não pode ultrapassar as fronteiras da lei que explicita, dispondo ultra ou extra legem. (FERRAZ apud MEDAUAR, 2006, p. 116)

Defende parte da doutrina que este poder regulamentar destina-se à mera complementação do conteúdo da lei, com vistas a minudenciar o comando por ela exarado mediante edição de decretos para sua fiel execução, com restrita possibilidade de inovação do ordenamento jurídico.

Esta competência regulamentar foi atribuída pela Constituição da República diretamente ao Executivo, independentemente da existência de delegação do Poder Legislativo. É dizer: ainda que a lei nada disponha acerca da regulamentação da matéria, ainda que não haja expressa menção a um futuro regulamento editado pelo Poder Executivo, é dado a este, privativamente, fazê-lo.

O exercício do Poder Regulamentar contido no art. 84, IV da Constituição da República, portanto, não se insere no escopo deste trabalho, que visa ao estudo da delegação legislativa ao Poder Executivo. Trata-se de competência que lhe é conferida, por intermédio de lei, e não de competência que já lhe é própria, nos termos do citado dispositivo.

---

<sup>8</sup> “A AIR [Análise de Impacto Regulatório] é um processo que envolve planejamento e participação social, conferindo maior legitimidade para as políticas regulatórias” (OLIVEIRA, \_\_\_\_, p. 8)

De todo modo, é importante frisar que mesmo à competência regulamentar, que tem por disposição constitucional expressa a função de minudenciar o conteúdo legal para “*fidel execução da lei*”, é dado inovar o ordenamento jurídico, embora de modo limitado.

Deste modo, ao longo de todo o texto, quando mencionarmos os regulamentos delegados estaremos nos referindo aos atos normativos expedidos tanto por agências reguladoras (no exercício de sua competência regulatória) quanto por órgãos do Poder Executivo (tal como a delegação ao Ministério da Fazenda, tratada pelo STF no julgamento do RE nº 140.669/PE, que será adiante tratado), excetuados os decretos regulamentares (ou de mera execução).

## 1.2. A legalidade

### 1.2.1. As duas vertentes do princípio da legalidade

Hans J. WOLFF *et. al* (2006, p. 435) identificam a legalidade como gênero, do qual são espécies a legalidade em sentido negativo, a que denominam “primado da lei” e legalidade sob a ótica positiva, que identificam como a “reserva de lei”.

A primeira (primado da lei) significa que a Administração deve-se pautar conforme o Direito e a Lei e, ainda, que “*as normas jurídicas abstratas não são, em princípio, válidas quando desrespeitam uma norma jurídica de grau superior*”, ao passo que “*os atos do estado são ilegais quando desrespeitam uma norma jurídica em vigor, ainda que se trate de uma norma emitida pela própria Administração*”. (2006, p. 435)

A segunda (legalidade enquanto reserva de lei), por seu turno, diz respeito ao “*fundamento legal*” para atuação administrativa. Trata-se de submeter certas matérias ao regramento da lei com vistas a autorizar e legitimar a atuação administrativa. (WOLFF *et. al*, 2006, p. 441)

Eros Roberto GRAU, na mesma esteira, sustenta esta dupla vertente da legalidade, dividida entre primazia e supremacia da lei sobre os demais atos estatais.

O posicionamento é corroborado, em certa medida, por Alexandre Santos de Aragão, que distingue o “Princípio da Legalidade” do “Princípio da Reserva de Lei”. Para o autor, o primeiro, por vezes denominado “reserva relativa de lei”, implica que a Administração Pública só pode agir de acordo com a lei, que deve ser dotada de uma densidade mínima para possibilitar o atuar administrativo, bem como o controle deste. O segundo, a seu turno, por vezes tomado por “reserva absoluta de lei”, significa que apenas a lei pode dispor sobre determinada matéria. (ARAGÃO, 2013, p. 327)

Marçal JUSTEN FILHO sustenta que no Brasil não tem sentido falar em “reserva de lei”, haja vista que no “*ordenamento jurídico brasileiro vigora regra geral no sentido de caber à lei dispor sobre toda e qualquer matéria*”. Quando muito, aduz,

*“a Constituição restringe a iniciativa legislativa, reservando para os ocupantes de certos cargos ou funções a competência para apresentar projeto de lei”<sup>9</sup> (2012, p. 196 et seq.)*

Afiliamo-nos ao pensamento de ARAGÃO, que propugna pela existência de reserva legal no Direito brasileiro. É que a Constituição da República, embora estabeleça uma reserva legal genérica e abrangente, conferindo ao Poder Legislativo competência para dispor sobre qualquer matéria, consoante sustenta JUSTEN FILHO no excerto citado, estipula uma reserva de lei específica ao longo de seu texto, sobretudo nos incisos de seu art. 48<sup>10</sup>.

### *1.2.2. Evolução do princípio da legalidade: do Estado Legal ao Estado Constitucional*

A legalidade está intrinsecamente relacionada ao princípio da separação dos poderes, alhures tratada e, em sua origem, tem de ver com a incipiência da força normativa das constituições.

É que as constituições liberais centravam-se na organização das estruturas do Estado, do que advinha sua baixa carga normativa e vinculativa do atuar do Estado. Fabrício MOTTA bem sintetiza a inexpressividade do valor normativo da Constituição à época do Estado Liberal. Ressalta o autor que a lei, por

---

<sup>9</sup> A despeito de afastar a relevância e a aplicação prática da reserva de lei no ordenamento jurídico brasileiro, Marçal JUSTEN FILHO parece conferir-lhe alguma importância em passagem verificada em sua obra destinada às agências reguladoras. Com efeito, ao tratar dos regulamentos autônomos no Direito brasileiro, o autor admite que nas esferas estaduais e municipais, para as quais não existe a previsão constitucional de edição de medida provisória, o Executivo *“edite regulamento [autônomo], desde que não invada o campo reservado à lei”*, caso o Legislativo não exerça sua competência para disciplinar um dado serviço público, cuja prestação seja afeta ao Executivo. (2002, p. 493 et seq.)

<sup>10</sup> Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas; IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União; VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas; VII - transferência temporária da sede do Governo Federal; VIII - concessão de anistia; IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; XII - telecomunicações e radiodifusão; XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal. XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I.



buscar fundamento de validade em si mesma, por constituir-se em fim em si mesma, prendia-se “*apenas às regras que definem competências, ritos e o formato dos atos e não a qualquer preceito constitucional de caráter absoluto*” (MOTTA. 2007, p. 42).

A despeito do pretense equilíbrio da separação dos poderes, merecia destaque a superioridade da lei, originada da supremacia do Poder Legislativo – democraticamente eleito e representante da soberania popular – sobre os demais poderes, que deviam se submeter aos comandos legais, com vistas a coibir abusos de poder e, assim, garantir a liberdade e a igualdade entre os cidadãos, bandeiras das revoluções burguesas do século XVIII, frutos do jusnaturalismo, por sua vez.

A lei apresenta-se como obra do então festejado racionalismo pregado pelos iluministas, que veio agregar forças ao jusnaturalismo então predominante. O direito racional, codificado, deixava pouco ou nenhum espaço para que invocação de princípios ou normas extrínsecas ao ordenamento jurídico. Ao tratar da matéria, ressalta Luis Roberto BARROSO:

O jusnaturalismo moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. Aproximando a lei da razão, torna-se a partir daí a filosofia natural do direito, associando-se ao Iluminismo na crítica à tradição anterior e dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. (2005, p. 10)

Adverte o autor, todavia, o Estado Liberal e o direito racional, levado a cabo com o movimento de codificação, embora tenham contribuído para a vitória do jusnaturalismo, representaram, também, sua superação histórica, dando lugar ao positivismo jurídico, que apartou o Direito da moral e de outros valores adjacentes:

No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de se criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. (BARROSO, 2005, p. 11)

A ausência do caráter normativo da Constituição e a supremacia da lei, cunhada pela razão e resultado do conhecimento científico, garantidora da liberdade dos cidadãos, levaram a doutrina a cunhar o conceito de “Estado Legal”, em que a Constituição era neutralizada pelo comando da lei. Adverte a doutrina:

A afirmação da normatividade da Constituição encontrou barreira inicial na centralidade da lei enquanto norma garantidora de liberdade ao cidadão frente às intervenções do Estado e de terceiros. Com efeito, pela submissão do Estado à Lei, imaginava-se a realização de uma tarefa maior – a submissão plena ao Direito – como reação ao Estado absoluto, marcado pelo predomínio da vontade do monarca. Por isso é que é possível apelidar o estado daquele período de Estado Legal. O direito reduzia-se à lei, produto que, editado pelos representantes do povo, refletia a vontade geral em suas prescrições gerais e abstratas. Canotilho, com apoio em Carré de Malberg, relembra que a limitação do poder pelo Direito na França acabou em uma situação paradoxal: a supremacia da Constituição foi neutralizada pela primazia da lei, podendo-se, também por isso, caracterizar o estado como Estado Legal – relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade, mas pouco afeto à supremacia constitucional. AS constituições do período possuíam um papel importante, sobretudo na caracterização do Estado e na organização de suas estruturas. Contudo, como foi visto, é possível afirmar que o constitucionalismo liberal conferia à Constituição valor mais político que normativo.

Se o Estado estava submetido à lei, estava submetido ao direito. Esta concepção, no campo filosófico, reflete a predominância do positivismo na época. Com efeito, os positivistas entendiam o direito como posto exclusivamente pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, materializadas na “lei”. Como explica Norberto Bobbio, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação e se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou pelo menos prevalente – do direito, sendo seu resultado último representado pela codificação. O positivismo, é sabido, encarava o direito como um conjunto de fatos,

fenômenos, ou dados social em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deveria estudar o direito do mesmo modo que o cientista estudava a realidade natural, abstendo-se de formular juízos de valor – a validade do direito, fundava-se, assim, em critérios formais, privilegiando a abordagem estruturalista em detrimento da finalidade e do conteúdo do direito. (MOTTA, 2007, p. 59-60)

O positivismo jurídico do Estado liberal, no entanto, pretendendo do jurista uma atividade científica e cognoscitiva, fundada em juízos de fato (e não de valor), acabou por se convolar em *“ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, mas um modo de querer o Direito”*. Nessa esteira, *“o fetiche da lei e o legalismo acrítico subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados”*. (BARROSO, 2005, p. 12)

Na leitura liberal, o princípio da legalidade representou um dogma ainda defendido pela doutrina mais tradicional do Direito Administrativo, segundo o qual a Administração só pode fazer aquilo que a lei autorize.<sup>11</sup>

É notório, todavia, que a atividade administrativa nunca se restringiu à mera execução de comandos legais, do que advém a absoluta impropriedade da conceituação, já à época do Estado Liberal. Este equívoco conceitual torna-se ainda mais evidente com o surgimento do Estado Social, a partir de quando os textos constitucionais passaram a conter normas de cunho nitidamente social e prestacional, embora programáticas.

Neste cenário, o Estado adotou papel mais intervencionista nas esferas social e econômica, denotando a inviabilidade de que todas as ações administrativas fossem previamente disciplinadas pelo Poder Legislativo. Esta dificuldade de regulação de todas as matérias pela lei fez surgir o questionamento acerca da submissão das atividades prestacionais do Estado à legalidade.

A temática foi enfrentada por Hartmut MAURER (2011, p. 153), que ressalta que a reserva de lei, originariamente, no correr do século XIX, se limitava à

---

<sup>11</sup> Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO (2005, p. 92): *“Nos dois versículos mencionados [art. 5º, II e art. 84, IV da Constituição da República] estampa-se, pois, e com clareza inobjetable que administração é atividade subalterna à lei; que se subjugava inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão só a de fazer cumprir a lei preexistente e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro”*.

atividade administrativa de intervenção. É que, àquela época, intervir implicava ingerência sobre a liberdade individual e social dos cidadãos, de modo que a reserva de lei era necessária para garantir que a intervenção fosse previamente submetida, pela via do Legislativo, à aprovação popular, tornando-se, assim, legítima.

Ressalta o autor alemão, todavia, que, hoje, a limitação da legalidade à atividade de intervenção é idéia superada em razão da evolução do Estado a uma democracia parlamentarista e face à penetração do Direito Constitucional a todos os setores da atuação administrativa, do que resulta que as decisões importantes devem ser tomadas pelo legislador, sob sua responsabilidade<sup>12</sup>.

A superação do “Estado Legal” pelo “Estado Constitucional” foi acompanhada da força normativa conferida ao texto constitucional. A constante e crescente demanda de atuação do Poder Executivo permanece, ainda que ultrapassado o Estado Social.

Ocupando o centro do ordenamento jurídico, a Constituição passou a impor ao Estado o modo de atuação e interação com os cidadãos, além de estabelecer diretrizes para todo o arcabouço normativo inferior.

Buscava-se dotar a lei do senso de justiça, extirpado pela supremacia *a priori* dos textos legais. Nesse contexto a normatividade dos princípios ganhou relevo. Sobre eles passaram a se assentar toda a construção jurídica dos novos ordenamentos. Nos dizeres de BARROSO:

---

<sup>12</sup> Prossegue o autor: “a reserva de lei que se desenvolveu no século XIX como instrumento do constitucionalismo, se limitava originariamente à atividade administrativa de intervenção. [...] A burguesia liberal exigia simplesmente o respeito a si própria; a atividade administrativa prestacional, ainda em estado embrionário, não interessava; ao âmbito interno da Administração, em que se incluíam as chamadas relações de sujeição especial (escolas, centros penitenciários, outros estabelecimentos, relações funcionais), eram deixados para a regulação estabelecida pela própria Administração. A limitação da reserva de lei à atividade administrativa de intervenção é hoje uma ideia superada. A evolução para uma democracia parlamentarista, a importância crescente da atividade administrativa prestacional e a penetração do Direito Constitucional e, todos os setores da atividade estatal através da Lei Fundamental exigem sua extensão a outros âmbitos. Isto se torna coerente quando se consideram as funções originais e atuais da reserva de lei, a saber, suas funções de garantidora da democracia e do Estado de Direito, pois as mesmas englobam hoje o conjunto da esfera da atividade estatal, o que implica um aumento da sua extensão. Disso não resulta uma “reserva total” que compreende a totalidade da atuação administrativa, mas sim que as decisões fundamentais e importantes para os cidadãos e para a comunidade devam ser tomadas pelo legislador e sob sua responsabilidade.” (MAURER, 2011, p. 153)

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pos-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios, regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (2005, p. 12)

A “crise da lei” acaba por fazer surgir o conceito de juridicidade, igualmente assecuratória dos direitos dos cidadãos, que outrora justificaram a separação dos poderes e a legalidade em suas originárias concepções. Ressalta a doutrina:

É em razão dessa quebra do “absolutismo jurídico” da lei, que eclode com força e viço a idéia de que na pluralidade do ordenamento jurídico é que se apóia a vitalidade do direito e da democracia.

Assim, uma conclusão parcial facilmente adiantada é a de que o conceito clássico de legalidade, formulado simplesmente como a submissão do agir à lei, só se mantém no sentido estrito, uma vez que a pluralidade de fontes normativas legitimadas passa a exigir um conceito mais amplo, qual seja o da juridicidade. (MOREIRA NETO, 2006, p. 40 *et. seq.*)

A perseguição de novos fins econômicos e sociais acarretou a alteração das posições até então protagonizadas pelo Legislativo e Executivo, cenário que se mostrou favorável ao surgimento do Estado Regulador, como salientou MOTTA (2007, p. 51):

Aqui novamente se revela o protagonismo do Executivo: para o alcance dos objetivos do Estado intervencionista, é necessário adaptar a concepção tradicional da separação das funções estatais, fornecendo novo instrumental ao Poder Executivo, para responder às crescentes necessidades normativas (inflação legislativa, na expressão de Rippert, mencionada por Clèmerson Clève), incrementando, ao mesmo tempo, as possibilidades de controle desse instrumental por parte do Legislativo. Essa idéia se liga ao advento do chamado “*Estado Regulador*”, que alternando algumas de suas formas de atuação, passou a admitir a descentralização na produção de normas jurídicas.

Com efeito, a globalização e o incremento da tecnologia nas mais diversas áreas acarretaram uma conjuntura de rápidas transformações em todos os setores da vida moderna: social, econômico, político, ambiental, urbanístico.

Com o inchaço da máquina estatal, decorrente do acúmulo de funções, fruto do Estado Social, o Estado viu-se obrigado a direcionar os recursos públicos às atividades essenciais, retirando-se progressivamente da atuação em setores tipicamente privados, sobre os quais passou a exercer atividade regulatória e fiscalizatória.

Com o declínio do Estado de Bem Estar Social e a devolução da execução das atividades econômicas ao mercado, evidenciou-se a necessidade de submeter os serviços públicos a regras efetivas de prestação e controle, com vistas a assegurar o interesse público inerente a estas prestações.

No Estado Social os serviços públicos eram prestados por empresas estatais, submetidas a pouco ou a nenhum controle estatal específico, o que abriu espaço para a excessiva burocratização, ao parasitismo e aos privilégios, condutas que se contrapunham ao caráter público das atividades da Administração. (MOREIRA NETO, 2000, p. 146)

Diante deste quadro, mostrou-se imperioso repensar o desenho da Administração Pública, com a retirada do Estado das atividades econômicas, para que ele pudesse se concentrar nas atividades que lhes são inerentes, entre as quais a regulação dos serviços públicos.

Nessa esteira, ocorreu no Brasil a Reforma do Estado, levada a cabo pela Lei 8.031/90 - substituída pela Lei 9.491/97 -, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização com a finalidade precípua de transferir para a iniciativa privada as atividades até então indevidamente exploradas pelo setor público, de modo que o Estado pudesse concentrar esforços nas tarefas em que sua presença fosse fundamental para o alcance das prioridades nacionais (art. 1º, *caput* e incisos da Lei 9.491/97).

Buscava-se implementar um modelo de administração pública gerencial, de modo a ampliar o papel de regulação e fiscalização da atividade econômica pela Administração Pública, seguindo tendência mundial de flexibilização.

Esse processo de retirada do Estado das searas tipicamente privadas deu lugar ao surgimento das agências reguladoras<sup>13</sup>, incumbidas, como o próprio nome indica, da regulação dos setores e atividades repassados ao particular. É sobre esta regulação que se concentram grande parte das críticas daqueles autores contrários à delegação de poderes normativos ao Executivo. Tratando da temática dos serviços públicos, Alexandre Santos de Aragão pontua que:

A liberalização, privatização e instituição de autoridades reguladoras constituem as linhas fundamentais do processo evolutivo em curso nos serviços públicos. As inevitáveis repercussões que tais mudanças produzem sobre os modelos normativos geram nestes setores também uma metamorfose do princípio da legalidade, seja da sua consistência substancial, seja do seu âmbito objetivo de operatividade, exigindo uma reflexão crítica dirigida a verificar a sua atual conformação e a real intensidade das alterações que parece ter sofrido. (2013, p. 299)

O tradicional e moroso processo legislativo, agravado pelas disputas políticas que se travam no Congresso, afigura-se como grande entrave à consecução das finalidades do Estado e já não é mais capaz de acompanhar a complexidade e a rápida mutação verificadas nas mais diversas áreas. Em bem-aventurada formulação acerca da matéria, Carlos Ari SUNDFELD (2000, p. 28) ressalta que:

O Estado tem que se organizar para fazer mais do que editar uma lei geral para vigorar por tempo indeterminado e depois cuidar dos conflitos individuais. E para isso ele tem que intervir mais. Aqui está a questão. O

---

<sup>13</sup> Não se desconhece que anteriormente às ditas agências reguladoras existiam entidades incumbidas de função reguladora. O tema é trazido à baila pela doutrina. Celso Antônio Bandeira de MELLO (2005, p. 157) ressalta que *"em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal "Reforma Administrativa". [...]*. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ao discorrer sobre o surgimento das agências reguladoras no direito brasileiro, assinala a existência de duas espécies de agências: as que regulam atividades objeto de concessão e as que exercem típica atividade de polícia, voltadas para áreas da atividade privada que não a econômica, tais como a Agência Nacional de Águas (ANA) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Sustenta que as entidades da segunda espécie já existiam no direito brasileiro, a despeito de não serem denominadas "agências": "Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em trabalho sobre o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras, (...) menciona, no início do século passado, no período de 1930-1945, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio. Além desses, podem ser mencionados outros exemplos, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros órgãos com funções normativas e de fiscalização". (DI PIETRO, 2005, p. 193 et seq).

modelo que conhecemos – a separação dos Poderes tradicional e as funções que competiam aos Poderes Judiciário e Legislativo – era perfeitamente coerente com o baixo intervencionismo estatal. Se o Estado não está muito preocupado em gerenciar a realidade ambiental de modo a ir apertando paulatinamente as exigências para melhorar o meio ambiente; se quer deixar os membros da sociedade acertarem suas diferenças independentemente da ordem jurídica, aí pode realmente editar uma norma geral que vigore por muitas décadas, como o Código Civil, e depois solucionar os conflitos pelo Poder Judiciário.

Daí a necessidade do reconhecimento de fontes normativas diversas, mantendo-se sob o comando da lei a função que lhe deve caber no Estado Pós-moderno, em que não mais se verificam os motivos ensejadores da clássica ideia da legalidade e da reserva legal.

Estas transformações decorrentes da evolução da mudança do papel do Estado foram solucionadas pela doutrina alemã a partir da ideia de “*essencialidade da lei*”, segundo a qual o regramento pelo Poder Legislativo não deve ocorrer de maneira indistinta e total, mas apenas para aquelas matérias que se mostram essenciais para o Estado e para os cidadãos, sobretudo na consecução dos direitos fundamentais. As demais normas podem ser objeto de regulação pelo Poder Executivo. Nesse sentido, WOLFF *et. al.* (2006, p. 442)

[...] É função do legislador dar ao Estado da Lei Fundamental e às suas formas estaduais um quadro jurídico geral e vincular a Administração à vontade do povo plasmada na lei. Neste sentido, a reserva de lei consiste no reforço da função de direção política do Parlamento e na reafirmação do poder de orientação da lei no Estado de Direito. A reserva de lei condensa-se numa **reserva de parlamento**, na medida em que o próprio legislador parlamentar tem de atuar e não pode delegar a produção de normas. A reserva de parlamento é, pois, indispensável caso deva ter lugar o procedimento parlamentar típico. A reserva de parlamento visa a garantir transparência, assegurar a participação da oposição e tornar possível a colaboração dos atingidos. Isto é válido para as decisões essenciais que, no entanto, não são claramente delimitáveis das decisões “não essenciais”. No âmbito relevante do ponto de vista jurídico-fundamental, tudo dependerá da questão de saber se a formação da lei é “essencial para a concretização dos direitos fundamentais” (Destaque no original)



Acerca da teoria em questão, Hartmut MAURER (2006, p. 154) ressalta que “*o critério da essencialidade não atende à essência (ou natureza) das coisas, mas a quão importante, decisiva, fundamental e intensiva é uma regulação acerca de direitos fundamentais*”, que têm pertinência não só com os interesses dos cidadãos, mas também com os interesses da coletividade. Prossegue o autor, na mesma passagem:

A “essencialidade” se manifesta, assim, não como um conceito fixo, mas como uma fórmula flexível. Quanto mais essencial for o assunto para o cidadão e/ou para a coletividade, maiores serão as exigências para o legislador. Segue daí, em relação à densidade de regulação, que: quanto mais afetados os direitos fundamentais do cidadão, quanto mais gravosos sejam os efeitos para a coletividade e quanto mais controvertido resulte um complexo de questões para a opinião pública, mais precisa e estrita deverá ser a norma legal.

A noção clássica de legalidade estrita, é de ver, não se coaduna com o Direito Administrativo moderno, voltado para a obediência das regras e princípios constitucionais, com vistas à garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Com efeito, desde o rompimento com o Estado Absolutista, passando pela indispensável separação dos poderes e pela supremacia da lei, que permitiram a formação e evolução do Estado Liberal, o princípio da legalidade sofreu inegáveis alterações, que demonstram o reconhecimento da necessidade de se reconhecer outras fontes normativas para além da lei em sentido formal.

A aplicabilidade da teoria alemã no Brasil, entretanto, demanda a adaptação à realidade de nosso ordenamento jurídico para que a atividade normativa da administração seja legítima frente à Constituição da República. É esta legitimação que buscaremos nos capítulos seguintes, passando, antes disso, pela apresentação dos principais expoentes que tratam do tema da deslegalização no Direito pátrio.

## 2. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS NORMATIVAS AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Durante o período pós-revolucionário do século XVIII, enquanto vigiam os preceitos e bases do Estado Liberal, o princípio da legalidade foi associado à vinculação positiva à lei, como restou evidenciado no capítulo anterior. À Administração somente era dado fazer aquilo que a lei autorizava. Esta máxima foi atenuada com a superação do Estado Liberal e a crise da lei, que contribuíram para o fortalecimento do constitucionalismo e o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, pautada na efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Somado a isto, desde a época do Estado Social a predominância do Poder Legislativo, outrora verificada, vem cedendo espaço para o deslocamento de competência de matérias sensíveis aos cidadãos e ao próprio Estado do âmbito deste órgão para a esfera do Poder Executivo.

Nesta toada, o brocardo da vinculação positiva à lei e aquele segundo o qual “*somente a lei pode inovar o ordenamento jurídico*” vem perdendo espaço frente aos constantes regramentos que criam direitos e obrigações para os particulares. Pretende-se demonstrar no capítulo seguinte que esta inovação é secundária, posto que o conteúdo do ato normativo deve ser plenamente reconduzível à norma que delega a competência para sua edição, esta sim, promotora da inovação, propriamente dita, do ordenamento jurídico.

Exemplificativamente, cite-se a Resolução ANATEL nº 460, de 19 de março de 2007, que autorizou aos clientes de telefonia móvel a manutenção do número de telefone quando da substituição da companhia operadora do serviço. A imposição da norma, que passou a ser denominada de “*portabilidade*” assegurou para os consumidores o direito, antes inexistente, de manutenção do seu número telefônico, criando para as prestadoras do serviço de telefonia a obrigação de “*liberar*” este mesmo número para a operadora concorrente, a pedido do cliente.

A despeito de ter sido veiculada por regulamento, a norma vem sendo invocada pelos usuários dos serviços de telecomunicações e cumprida pelas operadoras de telefonia até os dias atuais. Isto porque a inovação é reconduzível à Lei nº 9.472/97, que conferiu à ANATEL competência para expedir normas quanto à

fruição dos serviços de telecomunicação (art. 19, IV)<sup>14</sup>, consoante pretendemos demonstrar no capítulo seguinte.

A atribuição de poder normativo a órgãos e entidades da administração, cujos regulamentos gozam de amplo poder de normatização, é uma realidade palpável no direito brasileiro, que exige o redesenho da função normativa da administração.

A fluidez das estruturas construídas no mundo moderno trazem consigo a necessidade de releitura dos fenômenos postos, com o objetivo de ultrapassar e solucionar os novos desafios sociais, políticos, econômicos, ambientais e culturais.

No campo do Direito esta releitura passa pela mitigação de antigos dogmas, como os da legalidade estrita e da separação estéril dos poderes, tarefa levada a cabo no capítulo inicial, culminando na definição de novos parâmetros para a resolução dos problemas e dificuldades latentes no mundo jurídico, seja mediante criação de novas normas, seja pela oxigenação das normas postas, por intermédio de uma releitura condizente com o momento histórico em que se inserem.

É inegável que o fenômeno da globalização trouxe consigo a necessidade de repensar o direito, adaptando-o aos desafios da modernidade para manter sua missão de resolver, estabilizar e pacificar a ordem social, mantendo, assim, incólume, o próprio Estado. Novos problemas exigem novas soluções, que certamente não podem ser construídas sob as lentes do passado.

Com feliz pertinência em relação às transformações aqui narradas, embora com enfoque diverso do presente trabalho, Bernardo Gonçalves FERNANDES (2010, p. 73) ressalta que a atual limitação do Estado dificulta o cumprimento da legitimidade democrática inerente ao próprio Estado. Veja-se entendimento do autor:

Certo é que as modificações instauradas pelo fenômeno da globalização abalam a força de integração das formas de vida nacional além de relativizarem com a base de uma sociedade civil já desenvolvida. Se é

---

<sup>14</sup> Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...]

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

verdade que o Estado nacional se encontra limitado à sua identidade coletiva, a conclusão é a de que, como descrito acima, se torna cada vez mais difícil cumprir a tarefa de legitimidade democrática ínsita a esse mesmo Estado. As perguntas são: como reagir a essa situação? Qual deve ser a reação à erosão do Estado nacional e da democracia construída em suas premissas?

Nessa passo, a delegação de competências legislativas (deslegalização) que abre espaço aos regulamentos editados de órgãos e entidades da Administração Pública para a disciplina de matérias antes atribuídas com exclusividade ao Poder Legislativo é fruto desta realidade latente e se afigura como alternativa para a legitimação dos atos normativos, ainda quando a eles seja relegado amplo espaço para disciplina de uma dada matéria, editados no exercício do poder normativo da Administração, desde que observados certos limites, que serão tratados no capítulo seguinte.

Cabe aqui, delimitar a espécie de delegação normativa que se pretende tratar, com fundamento na doutrina de Eduardo Garcia de ENTERRIA. O autor espanhol defende a existência de três espécies básicas de delegação legislativa: a delegação receptícia, a remissão e a deslegalização.

A delegação receptícia ocorre quando há transferência da função legislativa ao Poder Executivo, para que este produza normas com força de lei, adstrita aos limites da delegação. A lei delegada esgota o conteúdo da delegação, de modo que o Legislativo assume como própria a sua elaboração. Sustenta ENTERRIA:

Através da lei delegante o legislador expressa sua vontade de que o conteúdo de tal lei seja preenchido pela norma de elaboração administrativa. Esta norma de elaboração administrativa perde com isto o significado próprio de sua origem para converter-se no conteúdo da lei delegante; isto é o que se expressa nos usos promulgatórios ao designar à norma delegada como “texto articulado da lei” concreta de que se trate, pois se trata, com efeito, do conteúdo de uma lei formal que esta havia decidido fazer uso próprio, apropriar-se (receber como próprio) antecipadamente.

[...]

A assunção pelo legislativo da futura norma administrativa ocorre, pois, sempre e necessariamente, dentro de certos limites predeterminados de maneira expressa pela lei de delegação.

[...] A lei de delegação confia ao Governo (,,,) a elaboração de uma norma com um conteúdo concreto, norma que a própria lei delegante recebe como conteúdo próprio ou antecipa sua elevação à categoria de lei. (ENTERRÍA *et. al.*, 1991, p. 274 *et. seq.*)

Discorrendo sobre o instituto da delegação receptícia, MOREIRA NETO sustenta que *“seu exercício pelo delegatário esgota e consome a delegação, que não pode dela se valer para revogar ou mesmo modificar o texto promulgado, assumindo o Poder Legislativo, como próprio, o conteúdo da norma delegada (MOREIRA NETO, 2006, p. 165).*

No Brasil, a delegação receptícia foi acolhida pelo art. 59, IV, c/c art. 68 da Constituição da República, que tratam das leis delegadas.

A delegação remissiva, por sua vez, consiste na remessa da lei a uma normatividade ulterior, a ser elaborada pela Administração, sem força de lei, enquadrando-se nos limites estabelecidos pela norma delegante. A remissão, segundo ENTERRÍA, amplia *“o campo de normatização que em princípio corresponde ao regulamento, mas não chega a alterar, elevando-o, a categoria própria da norma delegada, que continua sendo, sempre e em todo caso, uma norma regulamentária”.* (ENTERRÍA *et. al.*, 1991, p. 288 *et. seq.*). Prossegue o autor:

A norma reenviada não se apropria do conteúdo da reenviada, não o faz nem lhe empresta sua própria virtude dispositiva. No reenvio formal ou remissão a norma reenviada se limita a dispor que uma determinada hipótese de fato seja regulada pela norma remetida, de cujo conteúdo concreto se desentende. Ao não produzir-se nenhum fenômeno de integração da norma reenviada na reenviada, ambas as normas conservam sua própria autonomia e seu respectivo valor. Deste modo as normas ditadas pela Administração em execução da remissão contida em uma lei têm valor de simples regulamentos. (ENTERRÍA, *et al.*, 1991, p. 289)

Tal como sustenta MOREIRA NETO, *“seu exercício pelo delegatário não esgota nem consome a delegação remissiva, que poderá ser por ele alterada ou*

*revogada a qualquer tempo, ainda porque o Poder Legislativo não assume como próprio o conteúdo da norma*". (MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 165)

Esta técnica corresponde, no Brasil, ao poder regulamentar, consagrado pela Constituição da República no art. 84, IV, de competência privativa do Chefe do Executivo, mediante edição de decreto, para assegurar a *"fiel execução da lei"*.

Por fim, a terceira técnica de delegação normativa conceituada por ENTERRÍA consiste na deslegalização, por meio da qual o próprio legislador retira certas matérias do domínio da lei, passando-as, por delegação, ao domínio do regulamento. Trata-se da *"operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, abre tal tema à disponibilidade da potestade regulamentar da Administração"*.

A delegação normativa rompe com o que ENTERRÍA denomina *"congelamento da categoria normativa"* (1991, p. 269) que obriga que a edição de uma nova norma tenha categoria normativa pelo menos igual ao da norma ou normas que se pretende substituir. *"Uma lei de deslegalização opera como contrarius actus da lei anterior de regulação material, mas não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente a categoria da mesma de modo que possa ser modificada mais adiante por simples regulamentos"* (ENTERRÍA, 1991, p. 296).

É desta terceira espécie de delegação que trataremos no capítulo seguinte, buscando fixar seus condicionantes e limites na Constituição da República de 1988.

Tratando do tema da deslegalização, Paulo OTERO sustenta:

Um modelo de disciplina exaustiva, clara e precisa da realidade é substituído por um modelo normativo aberto, ponderativo de interesses, bens e valores concorrenciais e, neste sentido, imprevisível na sua concretização aplicativa. A debilitação da densidade ordenadora e das vinculações positivas da lei para a Administração, ampliando a função constituinte desta na realização do Direito, coloca em causa valores da segurança e da certeza jurídicas da legalidade administrativa: a segurança jurídica da previsibilidade aplicativa das normas, permitindo almejar como ideal de sistema administrativo uma postura decisória silogístico-substantiva das

normas, encontra-se hoje completamente ultrapassada pela flexibilidade do conteúdo da legalidade (...). Em vez disso, assiste-se a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública que, por esta via, adquire um crescente ativismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, conferindo-se uma inerente maleabilidade à legalidade administrativa que vive tempos de erosão do seu habitual e repetido papel puramente vinculativo da atuação administrativa (...). Os alicerces políticos do princípio da legalidade administrativa revelam que, ao invés da interpretação tradicional dos postulados filosóficos liberais, a vontade do Poder Executivo nunca é totalmente alheia ao conteúdo configurativo dessa mesma legalidade: a idéia de uma genérica natureza heterovinculativa da legalidade face ao Poder Executivo é um mito. (2003, p. 162, 894)

A matéria, todavia, não goza de consenso entre os doutrinadores pátrios, consoante se pretende demonstrar a seguir, a partir da síntese do entendimento de alguns dos estudiosos do tema, com a exposição dos fundamentos favoráveis e contrários à delegação de competências normativas à Administração Pública.

Antes, contudo, impende apartar o conteúdo a ser estudado das hipóteses de normatização inseridas no âmbito do poder legislativo atípico da Administração Pública.

## 2.1. Competências normativas primárias exercidas por órgãos distintos do Legislativo

A divisão de poderes, já se disse, constitui mecanismo para distribuir as funções do Estado a órgãos distintos e independentes entre si. Falar em separação dos Poderes, portanto, é falar em divisão de funções, que são tipicamente atribuídas a casa um dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ressaltou-se em tópico anterior que a separação dos poderes não é estanque. Cada um dos três órgãos exerce primordialmente a função que lhe é típica, mas também, com menor intensidade, funções que são originalmente cometidas a outros Poderes. Fala-se, neste caso, de exercício de função atípica.

Importa retomar esta discussão, agora com maior grau de detalhamento, para delimitar com clareza o escopo deste estudo. O tratamento da deslegalização

neste trabalho envolve a função normativa da Administração Pública inserida no âmbito da própria função administrativa. Trata-se de atividade formal e materialmente administrativa.

Afastada está, portanto, a edição de atos normativos pela Administração Pública, quando esteja esta no exercício de atividade materialmente legislativa, como adiantamos no tópico precedente. Afastados estão, também, os atos normativos emanados do Poder Judiciário. É o caso dos decretos autônomos (art. 84, VI da Constituição da República), da sentença normativa da Justiça do Trabalho e das normas expedidas pelo CNJ e pelo CNMP.

Todos eles retiram fundamento de validade para expedição de atos normativos diretamente da Constituição da República e, por esta razão, seus regulamentos são normas jurídicas primárias, que têm o condão de inovar o ordenamento jurídico. Veja-se.

#### *2.1.1. Decreto autônomo*

A existência de regulamentos autônomos no Brasil encontrou acirrada controvérsia doutrinária, tendo em vista que os autores, embora concordassem com o conceito do instituto, divergiam quanto à existência de autorização constitucional que autorize sua edição. Marçal JUSTEN FILHO (2010, p. 157) apontou, sinteticamente, a existência de quatro posicionamentos sobre a matéria:

É possível sistematizar as orientações adotadas na doutrina e na jurisprudência em quatro orientações principais.

A primeira corrente entende que, em determinadas situações, a ausência de disciplina legislativa pode ser suprida por meio de regulamento.

A segunda posição defende a possibilidade de dispositivo legal atribuir expressa competência ao Poder Executivo para disciplinar inovadoramente certos temas por meio de regulamento.

A terceira orientação admite que a sumariada da disciplina constante de uma lei propicie ao Poder Executivo o suprimento por meio de um regulamento.



A quarta concepção afirma que o regulamento deve ser estritamente subordinado à lei, sem que se admita qualquer inovação ou acréscimo às normas contempladas por ela.

Ressalte-se que muitos dos pensadores conjugam as diversas teses, já que nem todas são excludentes entre si. Rigorosamente, apenas a quarta é excludente das demais. Mas não há maior impedimento em que as três primeiras teses sejam defendidas em conjunto.

A contenda parece ter sido abrandada com a edição da Emenda Constitucional nº 32/01, que alterou a redação do art. 84, VI da Constituição da República. A redação originária previa competência do Presidente da República para “*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei*”.

A redação atual<sup>15</sup> retirou a parte final do dispositivo (“*na forma da lei*”) e determinou, expressamente, que a organização e o funcionamento da administração federal, desde que não impliquem aumento de despesas nem a criação ou extinção de cargos públicos, seja tratada em decreto do Presidente da República.

Da mesma forma, restou determinado que a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, ocorra por decreto do Chefe do Executivo Federal. Embora de alcance limitado, pode-se dizer que a autorização representa a existência do decreto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que embora a norma criada não seja dotada do atributo da abstração, apresenta-se com força de lei, considerando ser ela capaz de alterar situação criada por lei formal (criação de cargos e funções públicas).

Não foi por outra razão que, a partir desta alteração, passou-se a identificar o conteúdo do dispositivo com a autorização constitucional para edição de decreto autônomo, que tem por característica a inovação do ordenamento jurídico, ao contrário do decreto regulamentar, que somente complementa a lei, ou contém normas para a “fiel execução da lei”, para utilizar a expressão do art. 84, IV, da Constituição da República.

---

<sup>15</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

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

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

O espectro de cabimento do decreto autônomo, todavia, é restritíssimo, limitado a matéria afeta a uma pequena porção da organização da Administração Pública. Aponta a doutrina:

Com a Emenda Constitucional nº 32, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”. A competência, quando à alínea *a*, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional nº 32. Quanto à alínea *b*, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria.

Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea *a*. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, *b*).

Portanto, no direito brasileiro, excluída a hipótese do art. 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo. (DI PIETRO, 2010, p. 91 *et al.*)

### 2.1.2. Regimentos internos dos tribunais

O fundamento constitucional para elaboração do Regimento Interno pelos tribunais conta do art. 96, I, *a*, do Texto Constitucional<sup>16</sup>, que prevê competência para que estes órgãos do Judiciário elaborem seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes,

---

<sup>16</sup> Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

É o caso do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que, entre outros aspectos, disciplina o agravo regimental em seu art. 317, não previsto no Código de Processo Civil.

### 2.1.3. Sentença normativa da Justiça do Trabalho

A competência normativa da Justiça do Trabalho está prevista expressamente no art. 114, §2º, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 114 [...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

O dispositivo faculta às partes (categorias econômica e profissional), ante à recusa de negociação direta sobre o estabelecimento de novas condições de trabalho, e do recurso à arbitragem, de comum acordo, a ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica.

Neste caso, ambas as partes figurarão como suscitantes. Ao contrário da prática convencional dos processos submetidos à Justiça do Trabalho (e ao Poder Judiciário em geral), não haverá suscitante e suscitado.

Os interessados buscarão no Judiciário a solução para o conflito, mas fora dos moldes tradicionais do rito processual. A sentença exarada no âmbito do dissídio disporá a respeito das novas condições de trabalho, estabelecendo direitos e obrigações para ambos os suscitantes.

A norma contida na sentença terá *status* de lei, carregando, assim, consigo, a marca da permanência indeterminada dos direitos nela instituídos, que deverão ser observados por ambas as categorias no curso dos contratos influenciados pela norma coletiva.

Vê-se, daí, o cunho novidadeiro da decisão da Justiça do Trabalho, que inaugura, com espeque em disposição constitucional, nova situação jurídica para as “partes” envolvidas no dissídio.

#### *2.1.4. Normas expedidas pelo CNJ e pelo CNMP*

Os Conselhos Nacionais da Justiça (CNJ) e do Ministério Público (CNMP) foram inseridos na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/04, no âmbito da denominada Reforma do Judiciário, com vistas ao fortalecimento do controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente.

As atribuições de um e de outro foram estabelecidas no art. 103-B<sup>17</sup> e no art. 130-A<sup>18</sup> da Constituição da República. A questão que suscitou maior

---

<sup>17</sup> Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

[...]

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

controvérsia deste a criação dos órgãos, diz respeito ao poder normativo que lhes foi conferido pelo Texto Constitucional.

Em relação ao poder normativo do CNJ, prevê o art. 103-B, §4º, I, da Constituição da República, *verbis*:

---

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

<sup>18</sup> Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: [...]

§ 1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 4º O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficialará junto ao Conselho.

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Art. 103-B [...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Já o poder normativo do CNMP consta do art. 130-A do Texto Constitucional, que estabelece:

Art. 130-A [...]

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Ambos os dispositivos prevêm a competência dos órgãos para expedição de atos regulamentares, no âmbito da competência que lhes foi constitucionalmente atribuída.

Com fundamento neste dispositivo, o CNJ expediu a Resolução nº 07/2005, que visou a disciplinar *“o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário”*.

O artigo 1º da Resolução<sup>19</sup> tratou da vedação à prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, caracterizando como nulos os atos com ela identificados. No art. 2º<sup>20</sup> vieram enumeradas as práticas que se enquadram no conceito de nepotismo, em rol não taxativo.

---

<sup>19</sup> Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

<sup>20</sup> Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

A constitucionalidade do ato normativo foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por intermédio da ADC nº 12/08, sob a relatoria do Ministro Carlos Britto. Na ocasião, na esteira do posicionamento já adotado pela Corte quando da apreciação da medida cautelar, ressaltaram os ministros que as vedações constantes da Resolução nº 07/05 do CNJ não padeciam de qualquer mácula, tendo em vista ser ela dotada de caráter normativo primário, por retirar fundamento de validade diretamente do art. 103-B, §4º, I da Constituição da República.

Consideraram os julgadores, ademais, que a norma veio a densificar o conteúdo dos princípios constitucionais da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade e, não havendo antinomia entre estes a e norma expedida pelo CNJ, não havia de se cogitar da sua inconstitucionalidade.

Eis o excerto do voto do ministro relator, que reproduz a ementa do acórdão da medida cautelar:

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).

---

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado.

Nota-se, portanto, que embora o STF tenha entendido que o conteúdo das vedações impostas norma expedida pelo CNJ já era de observância obrigatória no âmbito do serviço público, uma vez que dedutíveis de diversos princípios do Texto Constitucional, restou expressamente consignado no acórdão da ADC nº 12/05 o enquadramento das normas expedidas pelo CNJ como normas de caráter normativo primário, já que extraem sua força diretamente da Constituição da República.

O mesmo raciocínio se aplica ao CNMP, que tem a mesma natureza jurídica e a mesma função normativa do CNJ, ambas conferidas pela Constituição da República, conforme explicitado anteriormente.



Deste modo, os atos normativos expedidos por ambos (CNJ e CNMP) estão inseridos no âmbito de delegação de competências normativas que Alexandre Santos de Aragão denomina deslegalização constitucional, e não na esfera da deslegalização legal, que abordamos neste trabalho.

## 2.2. A deslegalização na doutrina brasileira

### 2.2.1. A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello

Celso Antônio Bandeira de MELLO (2005, p. 330 *et seq.*) apresenta visão bastante restrita acerca do poder normativo do Poder Executivo. Sustenta o administrativista que “*disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la*”, sob pena de afastamento da proteção constitucional que preceitua que “*ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (art. 5º, II da Constituição da República).

Citando Caio Tácito, o autor assevera que “*a regra de competência não é um cheque em branco*”, de modo que “*a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo bem jurídico, de um dado interesse, cujo suprimento é reputado útil*. Assim, entende que “*a atribuição legal de poderes ao Executivo não é efetuada gratuita ou casualmente, ensejando-lhe que deles disponha ao seu alvedrio*”. (2009, p. 57)

Com fundamento na citada previsão constitucional, defende as competências legislativas são indelegáveis, ressalvada a hipótese da “lei delegada” (art. 68 da CR/88), e que ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação das leis, consistindo em “*delegação disfarçada*” e inconstitucional a transferência ao Executivo de poderes para criar direitos e obrigações. *Verbis*:

[...] a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação disfarçada, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis. *Disto se ressalva, tão só, a hipótese de “leis delegadas” – pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo*

*regulado no art. 68 e segundo as condições e limites ali estabelecidos.*  
(MELLO, 2005, p. 330 – destaques no original)

Em continuidade, aduz que a delegação de competências normativas termina por afrontar a separação dos Poderes, inserida na Constituição como forma de proteção aos administrados:

Com efeito, a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2º do Texto Magno, de acordo com o qual “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É que, sendo certo e indiscutido que os três poderes existem precisamente para apartar as funções que lhes são correspondentes, se pudessem delegar uns aos outros as que lhes são próprias, a tripartição proclamada pela Lei Maior não estaria nela ou por ela assegurada. Pelo contrário, dependeria do maior ou menor amor que os titulares destes conjuntos orgânicos devotassem às atribuições que lhes concernem, ensejando-lhes, pois, manter ou desfazer, a seus talantes, o esquema jurídico-político que a Constituição instituiu para benefício e garantia dos cidadãos.

Tal indelegabilidade, portanto, não é homenagem vã aos ocasionais detentores das distintas funções estatais. Significa, isto sim, cautela estatuída em prol dos administrados, isto é, óbice a que qualquer dos Poderes se demita de sua missão própria ou seja complacente com o uso de atribuições suas, trespassando-as para outro Poder, no que estaria derrocando todo o sistema de repartição de Poderes, concebido para benefício e garantia dos cidadãos.

A deslegalização, ou delegação disfarçada, é sempre nula, no entender de BANDEIRA DE MELLO e existe toda vez que a lei remete ao Executivo “*a criação de regras que configuram o direito ou gerem a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade*”, ou ainda, que contrariem aquilo que conste de uma lei (2005, p. 334).

### 2.2.2. A posição de Gustavo Binembjrm

Gustavo BINEMBJM (2005, p. 157 *et. seq.*) entende por deslegalização o fenômeno por meio do qual uma lei “*degradaria o status hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela entidade que recebeu a delegação normativa*”.

Partindo de tal conceituação, o administrativista sustenta que o legislador, ao promover a “deslegalização” estaria a alterar o procedimento legislativo estabelecido pela Constituição da República, de modo que as entidades delegadas não estariam mais sujeitas às leis editadas sob a chancela dos cidadãos.

Estar-se-ia, portanto, diante de “*deslegalização legislativa inominada*”, incompatível com o texto constitucional. De acordo com o autor:

A dignidade da lei deve ser preservada como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade regulatória, que permitam aos cidadãos e agentes econômicos o acionamento de salvaguardas contra eventuais abusos. De outro lado, tais parâmetros ou *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação. (2005, p. 157)

Invocando a máxima de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei prescreve, sustenta ser imprescindível a observância, pela Administração, do princípio da legalidade, como forma de assegurar aos cidadãos a autonomia pública, entendida como democracia, e a autonomia privada, entendida como liberdade:

O princípio da legalidade serve tanto à autonomia pública dos cidadãos (democracia) como a sua autonomia privada (liberdade). Por seu intermédio, os cidadãos podem se tornar autores das suas próprias normas de direito (autonomia pública) e defender a sua vida particular de indevidas interferências externas (autonomia privada). Em uma palavra, por meio do império da lei, os cidadãos se tornam senhores do seu destino coletivo (democracia) e individual (liberdade). Esta a dimensão substantiva do princípio da legalidade.

A legalidade administrativa se presta não apenas a proteger a liberdade dos indivíduos (CF, art. 5, II) como para limitar a atuação da autoridade administrativa (CF, art. 37, *caput*). A dupla dimensão ao princípio da legalidade na Carta de 1988 – no art. 5, II e no art. 37, *caput* – não é, portanto, ociosa. É que, enquanto para os particulares a legalidade significa *poder fazer tudo que a lei não proíbe* (art. 5, II), para a Administração Pública legalidade significa *só der fazer o que a lei prescreve*. A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade administrativa. Por isso se costuma dizer que, em direito administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do

administrador e, ao mesmo tempo, de traçar limites para sua atuação. (2005, p. 156)

Diante destes argumentos e considerando que a autonomia das agências “*não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente ente os atos legislativos e atos administrativos*” (2005 p. 157), conclui o autor que o poder normativo das agências é immanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição, de forma expressa, excepciona.

### 2.2.3. A posição de Marçal Justen Filho

A possibilidade de delegação legislativa ao regulamento também é rechaçada por Marçal Justen Filho.

Para o autor, a hipótese de delegação de competências está prevista no art. 68 da Constituição da República, que autoriza ao Congresso, por meio de resolução, a transferir ao Presidente da República os poderes para produção de lei “*respeitados certos limites quanto a determinadas matérias*” (2012, p. 201). Mas não é possível que este dispositivo seja fundamento para “*transferir a outro órgão um poder legiferante permanente e estável*”.

Por essa razão, entende que tendo a Constituição fixado os limites e a forma para a delegação legislativa, “*seria inválido que o Congresso Nacional editasse uma lei transferindo para o Poder Executivo a competência para criar direitos e obrigações por meio de um regulamento*”.

Sustenta que a deslegalização no Brasil não pode ser implementada sem que se proceda a uma profunda alteração da estrutura constitucional e “*a adoção de instrumentos de controle mais eficientes*”. (2012. p. 201)

É que, na sua concepção, a deslegalização somente se afigura viável no regime parlamentarista, que “*reconhece ao governo competências normativas muito mais intensas do que se passa nos Estados presidencialistas*”. Isso se passa porque:

(...) o parlamentarismo propicia uma participação muito mais intensa do Legislativo na estrutura do Poder Executivo. Admite-se que o primeiro-ministro ou o conselho de ministros produzam normas que, em tese,

deparariam de lei. Mas os ministros são indicados pela maioria parlamentar, que disporia de condições para produzir a aprovação de leis. Em outras palavras, a produção normativa do Poder Executivo encontra-se sob controle do Poder Legislativo.

O Brasil não consagra o regime parlamentarista, mas o presidencialista. Isso impede a implementação de certas práticas cuja origem repousa na concepção de que o exercente da chefia do Executivo depende da aprovação do Parlamento e a execução de providências ofensivas às concepções prevalentes no âmbito do Legislativo autorizaria a remoção do governante. (2012, p. 198)

O autor rejeita, no entanto, a ideia de que qualquer complementação significativa por parte do regulamento em relação à lei seria inconstitucional, aduzindo que *“não se pode adotar interpretação literal restritiva, como querem alguns, que invocam a expressão ‘fiel execução’ como fundamento para a tese de que o regulamento poderia apenas traduzir a vontade já contida na lei”*. (2002, p. 510). Prossegue:

Não se interpreta a Constituição através da mera tradução de palavras. Ou seja, a norma do art. 84, inc. IV, da CF/88 não significa, de modo necessário, a exclusão da possibilidade de ampla competência normativa para a complementação da lei. A “fiel execução” pode ser interpretada como aquela que assegura a realização da finalidade buscada pelo Direito, mesmo que isso não signifique a mera repetição dos termos da regulação legislativa. Assegurar a fiel execução da lei propicia, por isso, a adoção de determinações que, respeitando o espírito ou a finalidade da lei, configurem inovação disciplinar à disposição a ela adotada. (202, p. 510)

Para ele, a *“atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa”*, haja vista que *‘a lei é um esquema normativo que demanda complementação’*, cabendo ao regulamento do Executivo exercer essa função complementar a fim de assegurar a geração da melhor solução possível (2012. p. 202).

*“Se todas as inovações na ordem jurídica devessem estar contidas no corpo da própria lei, então o regulamento não teria qualquer utilidade”* (2012, p. 202), sustenta o autor. *“O que se busca, enfim, é propiciar a perfeita e integral aplicação*

*da norma produzida legislativamente, o que pode importar a necessidade de adição ao conteúdo normativo até então existente” (2002, p. 511).*

#### 2.2.4. A posição de Romeu Felipe Bacellar Filho

Romeu Felipe Bacellar Filho vê na delegação legislativa às entidades da administração uma *“quebra do princípio da separação dos poderes, erigido à cláusula pétrea e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional (inc. III, §4º, do art. 60)”*.

Sem citar referências, questiona o autor a posição de *“alguns juristas”* que sustentam deter as agências reguladoras a *“capacidade para produção de atos normativos primários, dotados de força normativa para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico”* (2002, p. 159).

Defende que a natureza da competência legislativa das agências reguladoras no Brasil não retrata e nem importa em delegação de poderes legislativos. Citando Leila CUÉLLAR, posiciona-se no sentido de que:

No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, *‘ab ovo’*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrição à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais, a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa e respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário. (CUELLAR, *apud* BACELLAR FILHO, 2002, p. 160)

Admite o autor, ainda com esteio na doutrina de CUELLAR, que no direito norte-americano, nascedouro das agências reguladoras, consagrou-se, inicialmente, a não-delegação de poderes. Nada obstante, a teoria da indelegabilidade *“cedeu à razão prática”*, haja vista a necessidade das agências de editar normas para implementar as políticas públicas e a falta de aptidão do Poder Legislativo para legislar sobre todas as matérias atinentes às agências, considerando o volume e a especificidade das mesmas.

As razões do direito norte-americano não são suficientes para autorizar a delegação de poderes no Direito brasileiro, nos dizeres do autor.

#### 2.2.5. A posição de Luis Roberto Barroso

A deslegalização é conceituada por Luis Roberto BARROSO como a *“retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências”* (2003, p. 303).

O administrativista questiona a delegação normativa a entidades da administração tendo em vista o princípio da legalidade, *“uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II da Constituição”* (2003, p. 300).

O autor não desconhece as transformações que o princípio vem sofrendo, *“com vistas a adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes”*, na linha desenvolvida no capítulo inicial do presente trabalho.

Admitindo a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, assevera o autor:

É verdade que a doutrina tem construído em torno do tradicional princípio da legalidade uma teorização mais sofisticada, capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes. Com efeito, o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados, acabou por exigir uma nova leitura do princípio, e nessa linha é que se admite hoje a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, de um lado, e, de outro, entre reserva de lei formal ou material.

Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. (2003, p. 300)

Sustenta, todavia, que esta construção, tendente a atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade, à exceção das hipóteses constitucionais,

não invalida a vedação de delegação de funções de um poder ao outro, preconizada pela tradição do direito constitucional brasileiro.

Para sustentar seu posicionamento pela tradição de indelegabilidade, o autor invoca o art. 6º, parágrafo único da Constituição de 1967/69<sup>21</sup>, que expressamente vedava a delegação de atribuições de um poder ao outro, com exceção daquelas autorizadas pelo próprio Texto Constitucional.

O argumento merece um parêntesis, antes se passar ao próximo fundamento do autor. É que, a despeito invocar a tradição proibitiva constante da antiga Constituição, ele reconhece, em nota de rodapé, que sempre houve delegação de funções no Estado. Cita a atribuição de função normativa aos Institutos Brasileiros do Café e do Açúcar, ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil<sup>22</sup>.

Adicionalmente à invocação da tradição não delegatória, busca amparo na doutrina de Carlos Mário da Silva Velloso, para quem a regra é a indelegabilidade de funções com esteio na doutrina da separação de poderes de Montesquieu.

Ao final, entretanto, o ora Ministro do STF parece admitir a delegação da competência normativa desde que seja ela acompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias.

#### 2.2.6. A posição de Sérgio Guerra

Sérgio GUERRA preconiza que *“uma legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa em sede de temas complexos e arriscados não é garantia de lisura ou proteção aos cidadãos”* (2012, p. 234)

---

<sup>21</sup> Art. 6º. [...]Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

<sup>22</sup> Sustenta o autor: “Não obstante a textualidade do dispositivo [art. 6º, parágrafo único da Constituição de 1967/69], ocorreram no regime constitucional anterior inúmeras delegações legislativas, copiosamente exemplificáveis. Algumas já vinham de longe, mas não foram questionadas. Confirme-se. Pela Lei nº 1779, de 22.12.52, criou-se a autarquia Instituto Brasileiro do Café, à qual se cometeram diversas atribuições de cunho normativo, inclusive quanto ao trânsito de café entre a produção e o escoamento, fixação de quotas etc. Semelhantemente se passara com o açúcar desde o Decreto nº 22.779, de 01.06.33. Mais recentemente, foi também por via de delegação que se submeteu a disciplina de todo o setor monetário e financeiro às resoluções do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, com fulcro na Lei nº 4.595, de 31.12.64. Também no setor de comércio exterior, sucessivos diplomas legais, desde a Lei nº 3.244, de 1957, repassaram a órgãos do Executivo vastíssimas competências de cunho normativo” (2003, p 301).



Sustentando que a evolução tecnológica e científica acarreta riscos aos direitos fundamentais entende imperioso e inevitável que o legislador deixe amplas margens de discricionariedade nas mãos da Administração.

Com supedâneo na lição de Paulo Otero, assevera o autor que o déficit de informação do Parlamento, comparativamente com o governo, mostra-se patente quanto a questões que envolvam elevada tecnicidade e pluralidade de interesses contraditórios. Esta situação faz do Legislativo “*um órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar sua própria dependência institucional de quem lhe forneça esta informação*” (2012, p. 232).

A tecnicidade do mundo moderno, segundo defende, impõe o deslocamento de competências acerca de questões complexas do Poder Legislativo para o Executivo.

As operações que dependem de escolha de natureza técnica não se devem incluir nas matérias reservadas à lei estrita, haja vista que a “vontade geral” não está na técnica (meio) e, sim, no resultado almejado (fim) e o legislador não tem como exaurir o âmbito dessas questões, de grande complexidade tecnológica, e até mesmo econômicas, a serem reguladas paulatinamente em cada subsistema de acordo com o caso concreto. (2012, p. 232)

Com base nestes argumentos, GUERRA entende não ser suficiente falar em delegação legislativa ou discricionariedade da Administração, conceito plurissignificativo por excelência, mas em maleabilidade normativa:

Desse modo, não há de se falar, em sede de escolha regulatória, de delegação legislativa nem tampouco de discricionariedade, mesmo considerando que *o conceito de discricionariedade* (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.

Nesse aspecto, a mutabilidade econômica e tecnicidade contemporânea – que permeia todas as principais decisões regulatórias no país – importa que haja uma *maleabilidade* normativa para os sucessivos ajustes ao longo dos tempos que não se conformam unicamente ao instituto da discricionariedade. (2012, p. 233)

Esta maleabilidade consistiria na ponderação motivada do administrador na aplicação da norma aberta, à luz de princípios e valores constitucionais, sem perder de vista os impactos prospectivos da escolha. A solução então encontrada sujeitar-se-ia a constantes reformas regulatórias, com vistas a compatibilizar-se com a complexidade cotidiana (2012, p. 234).

Sob o enfoque desta maleabilidade normativa, a atuação do Poder Executivo, por intermédio das agências reguladoras, é passível de deslegalização. O instituto, segundo o autor, decorre da ampliação das fontes normativas necessárias ao atingimento do fim público, sem que se cogite da retirada da “base legalitária” para a atuação das entidades administrativas incumbidas do exercício normativo delegado.

Conclui o autor, enfim, que *“deslegalizar significa não estarem perfeitamente indicados na lei os meios para atuação dos agentes estatais responsáveis pela regulação de subsistemas sensíveis ao equilíbrio das ambivalências sociais”* (2012, p. 242).

#### 2.2.7 A posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Diogo de Figueiredo Moreira Neto reconhece que uma das mais importantes premissas de um Estado de Direito é a existência do princípio da legalidade. Segundo o autor, *“nada se pode exigir de alguém senão com fundamento na lei, considerada como a opção política que deve ser tomada pelas casas legislativas, como subrogadas e representantes do povo”*. (2000, p. 162 et seq.).

O princípio da reserva dos poderes, para o autor, por consistir em garantia em favor dos administrados, foi por muito tempo invocado para negar a delegação de poder normativo, e hoje é empregado para aceitá-la de forma limitada. Aduz o autor:

Este princípio, que se constitui numa garantia individual fundamental, tem sido, por longa tradição, constitucionalmente adotado nos ordenamentos jurídicos constitucionais e, por isso, em razão de sua existência, é que também tem sido tradicional, até mesmo como decorrência da interpretação restritiva do referido princípio da separação de Poderes, que prevaleceu

durante um longo período de amadurecimento do Direito Político, primeiro a inaceitação e, depois, a aceitação limitada da delegabilidade da função normativa.

Na verdade, a expressão das formas e dos limites dessa delegação vem se confundindo com a própria modernização das funções dos Estados contemporâneos, um fenômeno já identificado há três décadas por juristas extremamente perceptivos e tratado com rigor científico (...)

Moreira Neto defende a existência de duas espécies de deslegalização. Uma delas, constitucional, verificada quando a própria Constituição da República prevê *“demissão federal do poder de legislar sobre questões específicas”* (2000, p. 170), como ocorre no caso dos artigos 22, parágrafo único, 217, I e §1º, 220 §§3º e 4º, 21, XI e 177, §2º, III, todos da Constituição da República.

A outra hipótese de deslegalização decorre da lei. Trata-se da *“deslegalização legal”*, que, segundo o autor, tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro porque a Constituição da República não a vedou expressamente, como ocorreu na Constituição da 67/69.

Sustenta que, tendo o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) revogado expressamente *“todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional (...)”* deve-se compreender a ausência de proibição de novas delegações como pretensão do legislador constituinte de *“reestruturar, a partir da nova ordem jurídica do país, todas as hipóteses de deslegalização, o que realmente vem ocorrendo a partir de então”*. Na sequência, defende o jurista:

Embora se possa opor a esta conclusão, em doutrina, uma visão aferrada à antiga regra da indelegabilidade, parece que tanto a tendência flexibilizadora, que tem caracterizado a evolução do Direito Público contemporâneo, quanto a própria ausência de regra vedatória, corroboram-na, no sentido de que a deslegalização legal será sempre possível na ordem constitucional vigente.

Só não o seria, todavia, se a própria Constituição a proibisse específica e expressamente, isso porque, a admitir-se de outro modo, se estaria aceitando uma redução de poderes do Congresso para dispor, conforme a

matéria e as circunstâncias, sobre como deverá exercer sua própria competência. (2000, p. 171 *et seq.*)

Com fundamento na doutrina de Gianmario Demuro, o autor conceitua a deslegalização como “*a transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa, que apresenta uma razoável abrangência para acomodar os inúmeros subtipos encontrados nas experiências regulatórias de vários países.*” (2006, p 399)

A partir deste conceito, defende o autor que as normas produzidas a partir da deslegalização deverão obedecer a princípios e *standards* empregados no ordenamento jurídico econômico e social. “*Essas normas principiológicas e gerais são as que conformam o que se tem como uma moldura, composta de fins e de valores, que deve balizar a atividade normativa deslegalizada, a ser exercida pelo órgão regulador.*” (2006, p. 399 *et seq.*)

Ressalta que a deslegalização se dará sobre campos não reservados pela Constituição ao Congresso Nacional, às Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais (art. 22, 24, 25 §1º e 30 da Constituição). A satisfação dessa reserva legal, segundo o autor, só pode se dar por lei, mas é facultado ao legislador definir se isto se dará pela imposição direta de condutas (normatização completa acerca da matéria) ou pela predefinição de finalidades, indicadas na lei que proceder à deslegalização, *verbis*:

A satisfação dessas reservas [conferidas aos Poderes Legislativos de todas as esferas] só pode caber à lei, emanada desses corpos políticos, pois apenas a estes cabe definir interesses públicos específicos e direitos e obrigações dos particulares; há, todavia, duas distintas formas de satisfazer a reserva legal, conforme o legislador opte ou pela imposição direta de condutas, predefinidas em suas próprias normas legais, ou pela imposição direta de finalidades, predefinidas por uma deslegalização e, que corresponde, em conseqüência, pela imposição indireta, da regulação produzida de forma derivada. (2006, p. 400)

### 2.2.8 A posição de Alexandre Santos de Aragão

Alexandre Santos de Aragão corrobora a tese da deslegalização. Para ele, a lei não precisa estabelecer previamente os elementos das relações jurídicas a

serem formuladas, sendo desnecessário que elas cheguem à criação dos direitos e obrigações, razão pela qual “*deve haver uma habilitação legal dos poderes da Administração Pública, sem que a lei precise entrar na matéria a ser regulada pela Administração*”. (2013, p. 317)

Sustenta que a referida habilitação legal, manifestação da deslegalização, mediante degradação do grau hierárquico da lei habilitadora ou de outras leis, pode autorizar ao regulamento administrativo até mesmo a revogá-las.

Não entende bastante, contudo, apenas a atribuição legal de competência para a Administração para a edição de normas sobre determinado assunto. É imprescindível que a lei delegante “*estabeleça os princípios, finalidades, políticas ou standards que propiciem o controle do regulamento, já que a atribuição de poder normativo sem que se estabeleçam alguns parâmetros para o seu exercício não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de controle de todos os atos estatais*” (2013, p. 317 *et seq.*)

Em apoio ao conceito de conteúdo essencial da lei (tratado nos capítulos anteriores com enfoque na doutrina alemã) aduz que para evitar a cessão formal da competência normativa, o regulamento deve pautar-se em lei que contenha uma “densidade normativa mínima” para nortear as normas secundárias e possibilitar-lhes o controle.

Todavia, esta *densidade normativa mínima* só pode ser definida caso a caso, em relação a cada habilitação legal, no conjunto da lei em que está contida.

Diante disso, conclui o autor propugnando pela superação da separação rígida entre conformidade material e formal da lei, com vistas à adoção da tese de que “*o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores*”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Nas palavras do autor: (...) Não adotamos nem uma legalidade meramente formal, que não fornece pautas de controle da substância dos atos, nem uma legalidade substancial de excessiva densidade normativa, que exige que a lei já preestabeleça pelo menos parte do conteúdo dos atos a serem expedidos, o que muitas vezes não é compatível com a dinâmica da atividade administrativa, principalmente quando lida com subsistemas sociais de especial desenvolvimento e mutabilidade, como a economia e a ciência. Propugnamos, portanto, por uma superação da separação rígida entre as duas versões extremas de conformidade legal (conformidade formal e conformidade material) sustentando que o mínimo de densidade

Com supedâneo em julgado do Tribunal Supremo Espanhol, sustenta o autor que, à margem das normatizações formais, a ação da Administração Pública se rege por fins teleológicos inescusáveis e por princípios indestrutíveis que regem sua conduta, com tanto ou mais vigor que as disposições legais.

Além do estabelecimento da densidade normativa mínima pela lei, que pode variar ao arbítrio do legislador, ARAGÃO observa outros fatores limitadores da delegação normativa, extraídos da Constituição da República:

(...) a) a reserva de ato de outra sede de poder que não o Legislativo (ex: os regulamentos autônomos em matéria organizacional, reservados, pelo art. 84, VI, CF, ao Chefe do Poder Executivo; os regimentos internos das Casas Legislativas e dos Tribunais – arts. 51, III, 52, XII, 96, I, a, CF), matérias que sequer podem ser objeto de lei; b) reserva de lei, existente em matérias especialmente sensíveis (ex.: crimes, tributos, criação de entidades da Administração Indireta etc.) que, por dispositivos constitucionais expressos, só podem ser objeto de normas do Poder Legislativo, que, então, não poderá deixar espaço de desenvolvimento de sua norma para o Poder Executivo, devendo os seus dispositivos, por esta razão, alcançar maior grau de densidade normativa possível, tornando os atos administrativos que deles decorram o mais meramente subsuntivos e vinculados possível. (2013, p. 237)

Sinaliza o autor a necessidade de admissão de meios mais eficientes de atendimento dos interesses públicos, fazendo com que os fins prevaleçam sobre os meios:

O que se deve buscar, portanto, é que a prevalência dos fins sobre os meios legais se esteie em uma firme metodologia, que fincada nos princípios da eficiência, moralidade e proporcionalidade, minore as possibilidades de ser utilizada contra os fins a que se destina e que, por outro lado, evite que a aplicação meramente lógico-subsuntiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal, muitas vezes utilizada como biombo das malversações, contrarie os objetivos públicos maiores do ordenamento jurídico. (2013, p. 359)

## 2.3. A deslegalização no Supremo Tribunal Federal

### 2.3.1. RE nº 140.669-1/PE

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à deslegalização, no julgamento do RE nº 140.669-1/PE, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, já sob a regência do Texto Constitucional de 1988.

Discutiu-se, na ocasião, a constitucionalidade do art. 66 da Lei 7.450/85, que atribuiu “*competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazo de pagamento de receitas federais compulsórias*”. O dispositivo em questão derogou o art. 26, III da Lei 4.502/64, que definia o prazo para pagamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), o qual foi posteriormente fixado por Portaria da lavra do Ministro da Fazenda (Portaria nº 266/88).

Sem adentrar-me à discussão acerca do direito intertemporal, fato é que houve admissão do instituto da deslegalização pela mais alta corte do país, já sob a vigência do novo arcabouço constitucional. O voto do relator, seguido pela maioria dos ministros, afastou a inconstitucionalidade suscitada, ressaltando que:

Relativamente ao IPI, havia o vencimento sido fixado por lei (Lei nº 4.502/64, art. 26, inc. III), mas a Lei nº 7.450/85, em seu art. 66, ao mesmo tempo que revogou a antiga norma, deslegalizou a matéria, atribuindo competência à Administração para discipliná-la através de ato normativo próprio, na forma prevista no art. 96, I do CTN, configurador de lei em sentido material, porque de caráter geral e abstrato.

Com essa providência, não apenas não contrariou o princípio da legalidade, já que não se tratava de matéria reservada à lei, mas também conferiu maior flexibilidade à importante questão do vencimento do tributo em referência. Ao mesmo tempo, descongestionou o Congresso.

Não poderia tê-lo feito, repita-se, se se tratasse de matéria reservada à lei. Como de tal não se cuidava, nenhum óbice se oferecia à providência senão a existência de lei que já disciplinava o assunto, o qual, por isso mesmo, necessitou de deslegalização legislativa, operada por meio do indigitado art. 66 da mencionada Lei nº 7.450/85.

O fundamento para a decisão do ministro foi a doutrina de Gomes CANOTILHO, segundo a qual “*a atribuição de poderes normativos ao Governo [...]*”

*serve para descongestionar os órgãos legislativos, transferindo para os órgãos executivos e administrativos uma competência mais ou menos ampla de normação jurídica”.*

Ainda com esteio na lição do jurista luso, o relator defendeu que a reserva de lei delimita o conjunto de matérias que devem ser reguladas exclusivamente por lei, afastando o tratamento por outros tipos de normas. Mas a existência da reserva de lei é ditada pela Constituição, assim como o “congelamento do grau hierárquico da norma” e a “precedência ou primariedade da lei”.

Pelo primeiro (congelamento do grau hierárquico) a matéria regulada por lei “congela” o grau hierárquico do tema, de sorte que somente uma outra lei poderá sobre ele incidir, seja para alterá-lo, revogá-lo ou integrar a lei anterior. Já pela precedência da lei, não se admite o exercício de poder regulamentar sem fundamento em lei prévia.

Finaliza seu raciocínio, ainda na esteira do pensamento de CANOTILHO, sustentando a possibilidade de deslegalização, mediante degradação do grau hierárquico, levada a efeito por lei que, sem minudenciar a matéria, permita seja ela (a matéria) regida por regulamentos.

### *2.3.2. RE nº 264.289/CE*

A contenda analisada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 264.289/CE, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, versou sobre a concessão de vantagem pecuniária a procuradores municipais, instituída por lei que delegou a decreto a disciplina de todos os aspectos do benefício.

Valendo-se da delegação normativa, o Chefe do Executivo local editou decreto estabelecendo regras diferenciadas para o cálculo dos benefícios para cada uma das três situações: procuradores aposentados antes da publicação da lei regulamentada, procuradores aposentados depois da publicação do diploma legal e procuradores em atividade, estabelecendo gradativamente, critério menos benéfico para os primeiros e mais favorável para os últimos.



Os procuradores aposentados antes da Lei, então, impetraram Mandado de Segurança para terem reconhecido o direito de perceberem os benefícios nos moldes assegurados aos procuradores em exercício. O STF assim decidiu:

O legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo – livre de quaisquer parâmetros legais -, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina – a qual, acrescente-se, se revelou extremamente complexa –, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função.

Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, §1º, II, a).

Não importa a constitucionalidade da lei local não haja sido questionada nas instâncias ordinárias. A incidência do art. 40, §4º, CF – objeto de toda a controvérsia – pressupõe a validade da lei instituidora da vantagem para os servidores em atividade, que, em razão da regra constitucional de paridade, se teria de aplicar por extensão aos inativos.

[...]

Assim sendo, declaro a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 7.673/95, do Município de Fortaleza e do Decreto 9.643/95, que a regulamentou, e, diante da impossibilidade de reconhecer o direito dos impetrantes à fruição da vantagem em causa, não conheço do recurso extraordinário.

Pelo teor do excerto citado, é de ver, duas foram as razões para que os Ministros do Supremo Tribunal Federal declarassem a inconstitucionalidade da lei e do decreto impugnados. A primeira delas foi a ausência de parâmetros legais para a delegação ao Executivo. A segunda, a submissão da matéria delegada (aumento da remuneração dos servidores públicos) à reserva de lei, por disposição expressa do art. 61, §1º, II, a, da Constituição da República.

Uma leitura *a contrario sensu* do voto do relator, acatado à unanimidade, deixa ver que a delegação seria legítima e constitucional se a matéria delegada não fosse reservada à lei e se a delegação legislativa apresentasse os *standards* a serem observados pelo regulamento.

### 2.3.3. ADI nº 1.668/DF

A despeito do precedente acima citado, que expressamente se posicionou em favor da deslegalização, o marco jurisprudencial citado pela maioria dos doutrinadores que discorrem sobre o tema, sobretudo aqueles contrários à deslegalização, é a ADI nº 1.668, relatada pelo Ministro Marco Aurélio.

A ação, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, ente outros, discutiu a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal nº 9.472/97, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), colocando sob sua responsabilidade inúmeras atribuições, entre as quais a de normatizar matérias afetas à sua área de atuação.

De acordo com o relatório do acórdão, os autores infirmaram a constitucionalidade do art. 19, IV e X, sob o argumento de que os dispositivos transfeririam à autarquia:

(...) competência normativa sobre a outorga, a prestação e a fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, que tem como elemento básico o interesse coletivo, consoante se depreende do teor do art. 64 da lei geral em exame. O legislador comum teria delegado à Agência a expedição de normas específicas para a prestação dos serviços, olvidando, com isso, o fato de o Constituinte haver vinculado ao Congresso Nacional a disciplina da questão. Na espécie, não se teria respeitado a forma prescrita no art. 68 da Constituição Federal, no que exige, para elaboração de lei pelo Presidente da República, seja solicitada a delegação ao Congresso Nacional, competindo a este aprovar, ou não, resolução específica autorizadora.

Após, suscitaram a regra do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que revogou as delegações de competências normativas existentes a partir de 180 dias da promulgação da Carta, os autores esclarecem que *“não se tem, no caso, matérias próprias ao poder regulamentar dos órgãos da administração pública, na medida em que na lei não consta qualquer parâmetro norteador para que esta regulamentação fosse implementada”*.

Em relação ao art. 22, II da Lei 9.472, que atribui competência ao Conselho Diretor da autarquia para *“aprovar normas próprias de licitação e contratação”*, sustentaram os autores o descompasso com o texto constitucional

porquanto a competência para legislar sobre a matéria foi conferida pela Constituição da República à União.

Ainda em matéria normativa, questionaram, por fim, o art. 119 da Lei, que trata do procedimento licitatório simplificado para outorga de permissão, a ser instaurado pela Agência “*nos termos por ela regulados*”.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio atribuiu interpretação conforme aos incisos IV e X do art. 19 e II do art. 22, todos da Lei 9.472/97, no que foi seguido pelos demais ministros.

Ressaltou o relator que as normas expedidas com fundamento nos incisos IV e X do art. 19 da Lei 9.472/97 deverão, obedecer ao arcabouço normativo vigente, “*sob pena de extravasamento, a resolver-se no campo da legalidade*”.

Quanto ao art. 22, II salientou que a competência atribuída ao Conselho Diretor restringe-se às peculiaridades inerentes aos serviços, sem prejuízo do sistema de licitação constante da ordem jurídica em vigor. O Ministro Nelson Jobim, acompanhando o relator, ressaltou que “*essas normas próprias dizem-se específicas*”. Já o Ministro Sepúlveda Pertence, também anuindo com a posição do relator, complementou que as normas “sub-regulamentares”, que as agências estão autorizadas a expedir são aquelas normas próprias, de especificação do sistema legal em relação às telecomunicações e aos serviços postos sob a disciplina da agência. Os demais ministros acompanharam a relatoria.

No que toca ao art. 119, os ministros, por unanimidade, suspenderam, até decisão final, a execução e aplicabilidade da expressão “*nos termos por ela regulados*” constante do dispositivo. O relator ressaltou a que a fixação dos parâmetros para realização de procedimento licitatório simplificado a cargo da Agência contraria as normas licitatórias, que são cogentes e não admitem atuação livre do administrador. O Ministro Nelson Jobim adentrou com mais precisão ao cerne da questão, que trata da função normativa acometida à ANATEL. Ressaltou o Ministro que a redação do art. 119 da Lei 9.472/97 estaria “*outorgando à própria Agência um poder de não observar a lei a seu juízo próprio*”.

Uma leitura apressada do julgado pode levar a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal é contrário à tese da deslegalização aqui defendida, como

sustentam aqueles que discordam do instituto. Esta não parece uma interpretação razoável, contudo, conforme abordagem que será realizada no capítulo seguinte.

#### 2.4. A deslegalização no Superior Tribunal de Justiça

No Recurso Especial nº 714.110/RJ, relatado pela Ministra Eliana Calmon, o STJ analisou a compatibilidade da Portaria nº 202/99 editada pela ANP (Agência Nacional do Petróleo) com a Lei nº 9.478/97, que instituiu a autarquia.

Questionavam os recorrentes a exigência do art. 10, II, da Portaria mencionada, que condicionava a emissão, pela ANP, de autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos à construção de base própria de armazenamento com requisitos mínimos, pela pretensa distribuidora.

A determinação da agência, no entendimento dos recorrentes, não encontraria amparo na Lei 9.478/97 e estaria em conflito com os princípios e diretrizes por ela ditados, tais como a preservação do interesse nacional, a promoção do desenvolvimento, a ampliação do mercado, a livre concorrência e a proteção dos interesses dos consumidores.

Embora os Ministros tenham negado provimento ao recurso por falta de amparo legal e pela impossibilidade de reexame de matéria probatória, seguindo o voto da relatora, sustentaram que não se podia aferir, pelo cotejo da norma com a Portaria infirmada, que esta de fato teria maculado os princípios relativos às políticas nacionais a serem observados pela ANP. Eis o excerto do voto da relatora:

O cotejo da Portaria 202/99 da ANP com os dispositivos mencionados pelo recorrente não permite a constatação de qualquer incompatibilidade entre si.

Os comandos dos arts. 1º, I, II, IX e 8º da Lei 9.478/97 não se revestem de objetividade normativa com o condão de inibir a regulamentação perpetrada pela citada norma administrativa.

Não se pode, por um critério objetivo, afirmar que a exigência da ANP quanto à base própria de armazenamento tenha maculado princípios relacionados às políticas nacionais de aproveitamento racional das fontes de energia (...)

Ao final, ressaltaram que não competia ao Poder Judiciário imiscuir-se m matéria de política pública levada a efeito pelo Poder Executivo.

## 2.5. Síntese dos posicionamentos contrários à tese da deslegalização

Após apresentação dos posicionamentos principais acerca da matéria, concluímos que são os seguintes os argumentos contrários à admissão da tese da deslegalização:

- a) contrariedade com a separação dos poderes;
- b) contrariedade com o princípio da legalidade;
- c) indelegabilidade das competências legislativas;
- d) retirada das entidades delegatárias do âmbito de sujeição das leis;
- e) contrariedade à hierarquia existente entre os atos legislativos e administrativos;
- f) contrariedade ao comando constitucional que estabelece os requisitos para a delegação legislativa (lei delegada);
- g) ausência de mecanismos de controle da delegação.

Buscaremos, no capítulo seguinte, refutar estes fundamentos, para demonstrar a compatibilidade do instituto da deslegalização com a Constituição em vigor. Ademais, tentaremos demonstrar que, embora não haja um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal quanto à deslegalização, as decisões colacionadas deixam ver que a Corte Constitucional não se apresenta, em princípio, a ele contrária, como afirmam alguns, a partir da decisão na ADI nº 1668/DF.

### 3. A CONFORMIDADE DA DELEGAÇÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No capítulo anterior, abordamos o entendimento de diversos autores que tratam do tema da delegação de competências normativas ao Poder Executivo apresentando, ao final, a síntese dos argumentos que levam parte deles a se posicionarem contrariamente à tese da deslegalização.

A seguir, analisaremos casa um deles, bem como a jurisprudência do STF, de modo a demonstrar o cabimento do instituto da deslegalização no ordenamento jurídico brasileiro e os limites necessários para que a delegação de poderes normativos se legitime diante da Constituição da República.

#### 3.1. Autorização para delegação normativa na Constituição da República

Não se nega que a Constituição da República consagrou a separação dos Poderes, atribuindo ao Poder Legislativo a parcela mais significativa de competência legiferante. Não se desconhece, que também o Texto Constitucional consagrou o princípio da legalidade, por meio do qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Os postulados, no entanto, não têm mais a mesma densidade de que eram dotados à época de sua formulação, como já se demonstrou em capítulo anterior. Os tempos são outros e a leitura dos textos normativos deve ser contextualizada ao momento histórico da interpretação.

De início, portanto, é de ver que a Constituição não empresta à separação dos Poderes e à legalidade a carga tão restritiva que os opositores da deslegalização pretendem lhe conferir.

Ademais, ao contrário do que sustentam os críticos da deslegalização, a Constituição da República autorizou a delegação de competência normativa no art. 49, V, da Constituição da República<sup>24</sup>:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

---

<sup>24</sup> Registre-se que o referido dispositivo é objeto de Propostas de Emenda Constitucional (PEC's nº 03/2011 e 171/2012) que pretendem estender a competência do Congresso para sustação dos atos normativos do Poder Público em geral, e não somente do Poder Executivo.

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Parece óbvio que se a Constituição da República previu mecanismo de controle foi por admitir a delegação legislativa, que no nosso entender não se limita à hipótese de lei delegada, como sustentam os autores contrários à deslegalização.

E tal afirmativa parte do pressuposto de que a Constituição consubstancia-se em um texto sistêmico e ordenado, de modo que as palavras e expressões constantes de suas normas não foram ocasional ou despreziosamente escolhidas pelo legislador constituinte.

O constituinte expressamente atribuiu a edição da lei delegada ao Presidente da República, prevendo mecanismo próprio para tanto (art. 68 da Constituição da República).

O mesmo não se deu quanto ao tratamento da sustação, pelo Congresso, de atos normativos que “*exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*”.

O art. 49, V prevê a sustação de atos do *Poder Executivo*, órgão que, a toda evidência, não se resume à pessoa do Chefe do Executivo (Presidente da República), competente para edição da lei delegada. Ademais, optou-se por inserir no texto do dispositivo a expressão “delegação legislativa”, em vez de “*lei delegada*”, utilizada no art. 68 da CR/88.

Parece evidente, portanto, que “delegação legislativa” não se resume à lei delegada, mas abarca, também, a ampla delegação de competências normativas a órgãos diversos do Poder Executivo.

A tese é sustentada na doutrina por Floriano de Azevedo MARQUES NETO, que ressaltou:

Alega-se que a Constituição de 88 interditou a possibilidade de delegação normativa e que o artigo 84, IV, confere exclusivamente ao Presidente da República competência para regulamentar as leis aprovadas pelo Parlamento. A tese cai por terra quando vemos que no art. 49, V, o constituinte, ao prever a competência do Congresso de sustar atos

normativos infralegais utilizou a seguinte construção: “sustar atos normativos do Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Duas consequências podem ser extraídas do dispositivo. Primeira: o poder normativo pode ser exercido, na forma que a lei dispuser, pelo Poder Executivo que, na Constituição, é mais amplo que o seu chefe (cf. artigo 76). Segunda: o constituinte admitiu, ainda que genericamente, a possibilidade de delegação legislativa (caso contrário não haveria sentido em se referir a ela, ao prever o exercício pelo Congresso do controle da atividade normativa delegada). (2009, p. 108)

Ora, o art. 49, V, da Constituição admite delegação normativa, possibilitando que o Legislativo edite lei que confira ao Poder Executivo amplo poder de normatização, inovando de forma secundária o ordenamento jurídico. A autorização para a inovação é realizada pelo próprio Poder Legislativo, quando da feitura da lei delegante, que funciona como ato-condição<sup>25</sup> para a inovação realizada pelo regulamento. O ato normativo, desamparado pela lei, não inova legitimamente o ordenamento jurídico. Deverá ser ele reconduzível ao conteúdo da lei delegante e limitado ao quadro por ela estabelecido. É dizer: o conteúdo inovador do regulamento só se torna aplicável ante a edição da lei, ato condição das normas do regulamento.

É certo que, embora haja autorização para delegação normativa pela Constituição da República, esta não pode se dar sem que sejam observados certos

---

<sup>25</sup> O conceito de ato-condição é sistematizado por Alioma Baleeiro, com fundamento nas doutrinas de León Duguit e Jêse. Tratando da natureza jurídica do orçamento público, sustenta o autor: “*classificando os atos jurídicos, do ponto de vista material e em função de seu objeto, os juristas distinguem atos que regulam situações gerais e impessoais (ato-regra) e atos subjetivos. O ato-regra contém normas de direito em caráter geral e impessoal. A lei, o regulamento, a convenção coletiva de trabalho exemplificam o ato-regra. Em todos esses exemplos, regulam-se aquelas situações gerais e impessoais. O ato subjetivo, pelo contrário, é aquele do art. 81 do nosso Código Civil, praticado pelos indivíduos nas suas relações recíprocas: ‘todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos’.* Refere-se a situações individuais. Visam a este ou àquele indivíduo, sem caráter de generalidade de ato-regra. Os contratos exemplificam bem os atos subjetivos. DUGUIT fez observar que entre o ato-regra e o ato subjetivo medeia, em certos casos, outro ato, que se não confunde com qualquer deles e tem por fim tornar aplicável a determinados indivíduos, ou casos, as situações gerais estatuídas no ato-regra. O ato-regra só se torna aplicável, em certos casos, às situações individuais depois que se produz esse novo ato mediador, por isso chamado de ato-condição. (BALEEIRO, 1990, p. 416) As considerações, embora formuladas pelo autor para abordar matéria relativa à orçamentação pública, são aplicáveis ao presente caso, em que o conteúdo da lei delegante, contendo baixa densidade normativa, figura como ato-condição para que a disciplina de dada matéria seja repassada ao regulamento do Executivo.



requisitos. Entendemos que é o atendimento a eles que tornará legítimo o regulamento editado no exercício da competência normativa delegada.

Trataremos dos requisitos após tratarmos da mutação constitucional sofrida pelo art. 49, V e depois de rebatermos os argumentos contrários à deslegalização.

### *3.1.1. Mutação constitucional da regra contida no art. 49, V*

As mudanças ocorridas na sociedade e em todas as áreas em que o ser humano se insere e exerce interferência, direta ou indiretamente, impactam de modo decisivo a visão e a interpretação do Direito, que visa essencialmente disciplinar o convívio social. Por esta razão o Direito deve se apresentar como uma ciência dinâmica, tal como de fato se apresenta, a assumir sua característica intrínseca de constante transformação.

É por esta razão que a leitura do Texto Constitucional deve acompanhar a realidade, de modo a transpor, quando necessário e juridicamente viável, a realidade que o constituinte pretendia disciplinar à época da elaboração da norma. É de se reconhecer que os fatos influenciam o Direito. Trata-se da ideia de facticidade, defendida por Paulo Bonavides (2011, p. 186), para quem a realidade e o meio social transformam e rejuvenescem a Constituição. Sustenta o autor:

[...] a verdadeira constituição está simultaneamente no texto e na realidade. Quando isso não ocorre, a Constituição formal se distancia da Constituição real e com a perda da juridicidade e eficácia se transforma num fantasma de papel.

Impotente para organizar o exercício do Poder no Estado ou ser a instituição regulativa do processo mediante o qual esse exercício se opera, a lei fundamental nesse caso perdeu até a função de símbolo da legitimidade e já não serve à Nação, mas aos que, tomando sob suas rédeas o governo, se servem da Nação para o desempenho personalizado do poder. (BONAVIDES, 2011, p. 188)

Nessa esteira, é essencial reconhecer que a estabilidade constitucional não se confunde com imutabilidade, do que advem a possibilidade, e necessidade, de adequação da norma a seu tempo, com vistas a evitar que o preceito se

transforme em letra morta, incapaz de disciplinar e reger as situações que se lhe apresentam, encontrando novas soluções para os novos problemas e desafios que surgem a cada dia e as inovações e novas relações que se verificam na sociedade, cada vez mais dinâmica.

Impõe-se reconhecer ao jurista a possibilidade de evoluir na interpretação do texto normativo, para acomodá-lo a novas situações fáticas que se lhe apresentam, sem deixar, à evidência, se levar por questões temporárias, contingenciais ou, ainda, que envolvam paixão e emoção, como sói ocorrer nos casos de grandes comoções sociais, mas, sobretudo, sem contrariar os demais preceitos contidos na Constituição, como adverte CANOTILHO:

Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais qe, embora traduzindo alguma mudança de sentido de algumas normas, provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. (CANOTILHO, 2003, p. 1229)

Há que se reconhecer que a rigidez exacerbada e desmedida das normas constitucionais é capaz de causar tanta insegurança jurídica quanto o vácuo legislativo ou a dilatada abertura normativa. Há que se evitar os excessos, conferindo ao Direito estabilidade, cara ao Estado Democrático de Direito, sem, contudo, fechar-lhe as portas para a evolução da sociedade por ele próprio regulada.

À modificação interpretativa do Texto Constitucional dá-se o nome de mutação constitucional, imprescindível para amoldar a Constituição ao seu tempo, dela extraindo normas adequadas para a solução de problemas e situações contemporâneas, sem a necessidade de alteração do texto formal da norma.

Com efeito, a mutação constitucional, que se insere na temática da Teoria do Direito, vem sendo caracterizada enquanto processo informal de modificação do Texto Constitucional, realizado a partir de uma alteração no plano fático de incidência da norma, de modo a atribuir-lhe novos sentidos, condizentes com o ordenamento jurídico em vigor e com a evolução do próprio Direito, dos valores, usos e costumes da sociedade. Trata-se de “*revisão informal do compromisso*”

*político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional*” (CANOTILHO, 2003, p. 1228). O texto, sem sofrer alterações formais, deve ser contextualizado, lido à luz das necessidades de seu tempo, quando assim permitido, acomodando-se às normas da Lei Maior. Nesse sentido, fundamenta a doutrina:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução de fato na situação sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto.

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional. (MENDES *et al*, 2010, p. 306)

A tese da mutação constitucional já foi apreciada e admitida pelo STF.

Na Reclamação nº 4.335-5/AC, ajuizada pela Defensoria Pública, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, questionou-se decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que indeferiu a progressão de regime de presos condenados pela prática de crimes hediondos, com supedâneo na jurisprudência do STF, especificamente na decisão proferida no HC nº 82.959.

Discutiu-se o dever do juiz das execuções penais em seguir a decisão proferida no referido *Habeas Corpus*, que declarou inconstitucional o art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que determinava a proibição da progressão do regime para os apenados por crimes nela enquadrados.

A decisão, proferida em controle difuso de constitucionalidade, para surtir efeitos *erga omnes*, deveria ser noticiada ao Senado Federal a quem competiria suspender a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional, por meio de resolução, nos termos do art. 52, X da Constituição da República.

Ocorre que o Ministro Gilmar Mendes, no que foi seguido pelo Ministro Eros Grau, reconheceu a mutação constitucional para atribuir nova leitura ao texto

da norma, uma vez que as decisões do STF seriam dotadas de eficácia transcendente, não se justificando a manutenção do ato de suspensão da lei pelo Senado, a quem competiria, tão somente, dar publicidade ao ocorrido.

Ressalta o Ministro que a norma contida no art. 52, X da Constituição Federal, se fazia sentido nos Textos anteriores, não se amolda ao modelo de controle de constitucionalidade inaugurado com a Carta de 1988. Sustenta o Ministro a existência de um novo contexto normativo, que não mais justifica colocar a cargo do Senado a opção por conferir às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade a aplicabilidade *erga omnes*. Suscita o exemplo das súmulas vinculantes, da regra de repercussão geral e a possibilidade do afastamento da reserva de plenário quando o Tribunal já tenha se manifestado sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da matéria, para demonstrar que as decisões do STF são dotadas pela Constituição da República de eficácia contra todos.

Diante disso, entendeu o Ministro que a interpretação do art. 52, X, da CR/88 estaria a criar uma exceção não almejada pelo constituinte ao modelo de controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição, que somente reproduziu o dispositivo constante das Cartas anteriores, sem cuidar dos efeitos da norma no contexto constitucional contemporâneo.

Acompanhando o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau defendeu que a mutação constitucional não decorre da simples mudança interpretativa de uma norma. Para que ela se verifique é indispensável que haja alteração dos pressupostos fáticos, do contexto e da realidade que se apresentavam à época da interpretação anterior conferida à norma analisada. Ressalta o jurista, todavia, o novo sentido advindo do reconhecimento da mutação constitucional deve ser capaz de se amoldar aos limites do dispositivo constitucional e não divergir da coerência da Constituição sistematicamente considerada.

A reclamação foi julgada procedente, por maioria de votos.

Em outro julgado, o RE 637.485/RJ, discutiu-se a situação de candidato a prefeito municipal que, após exercer dois mandatos consecutivos no Município de Flores, transferiu seu domicílio eleitoral, atendendo às regras de

desincompatibilização, para concorrer novamente ao cargo de prefeito, desta vez na cidade de Valença.

À época, a jurisprudência do TSE era firme em considerar que, nessas hipóteses, não haveria que se falar em falta de condição de elegibilidade (art. 14, §5º da Constituição da República) por se tratar de eleição em municípios distintos. A candidatura não foi impugnada e o candidato sagrou-se vitorioso no pleito. Ocorre que o TSE, no período de diplomação, alterou sua jurisprudência para considerar a situação vedada pela citada norma constitucional, o que levou o Ministério Público Eleitoral e a coligação adversária a impugnarem a expedição do diploma do candidato eleito. Em sede de Recurso Especial Eleitoral o pleito foi julgado procedente, com fundamento na nova jurisprudência do TSE, levando o candidato a socorrer-se da justiça comum para o deslinde da questão.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, citando Härtle, afirmou que “*não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada*”, de modo que “*interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública*”. Prossegue o Ministro:

Por isso Härtle introduz o conceito de pós compreensão (Nachverständnis) entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “*supervenientemente*” uma dada norma. A pós compreensão nada mais seria, para Härtle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia da pré-compreensão. Tal concepção permite a Härtle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada.

Em outras palavras, o texto conformado com novas experiências transformando-se necessariamente em outro texto.

Com este fundamento o Ministro entendeu pela existência de mutação, mas ressaltou que as mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas de cuidadosa reflexão sobre suas consequências. Reconhecendo o caráter normativo dos atos do TSE, entendeu o jurista que qualquer modificação normativa que altere o processo eleitoral, poderá entrar em vigor na data de sua publicação, mas não poderá ser aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência, pelo que deu provimento ao Recurso Extraordinário para considerar

regular a expedição do diploma do candidato recorrente, no que foi acompanhado pela maioria.

Neste caso, como é de ver, não houve uma autêntica mutação constitucional, considerando a existência de mera alteração na interpretação da norma do art. 14, §5º, da Constituição da República, sem que tenha se verificado uma mudança fática ou do contexto social que a justificasse.

De todo modo, o recente julgado, datado de 2012, é relevante para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal reconhece e admite o instituto da mutação constitucional.

No caso da delegação legislativa ampla, que aqui se sustenta cabível com fundamento no art. 49, V, da Constituição da República, entende-se ter ocorrido a mutação constitucional a partir da mudança do papel do Estado – que passou a figurar como ente regulador, e não garantidor ou prestador de serviços, como se verificou no Estado Prestacional – e com o reconhecimento da inviabilidade de que o legislador discipline à exaustão e com caráter de maior perenidade, característico dos textos legais, todas as situações que se lhe apresentam numa sociedade cada vez mais plural e dinâmica.

O reconhecimento da mutação constitucional tem cabimento, *in casu*, porque o art. 49, V, *in fine*, da Constituição expressamente menciona a delegação legislativa fazendo-se possível e legítimo por ela entender, sem qualquer alteração do texto do dispositivo, pela existência da hipótese de delegação normativa para além da lei delegada.

Esta tese é compatível com a evolução dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Além disso, não há qualquer oposição entre a leitura que se propõe, nos termos já salientados no tópico precedente, com as demais normas e princípios constitucionais, pelo que legítima a mutação constitucional em questão.

### 3.2. Análise dos argumentos contrários à deslegalização

#### *3.2.1. Conformidade da deslegalização com a separação dos poderes, com o princípio da legalidade e com o art. 25, do ADCT: delegabilidade de competências normativas*

No capítulo inicial discorreu-se sobre a evolução da separação dos poderes e do princípio da legalidade, idealizados na época pós absolutista com a finalidade de conter o poder estatal e, assim, assegurar a liberdade dos cidadãos pela atuação do Estado conforme a Lei.

Tanto um quanto outro (separação dos poderes e princípio da legalidade) mantêm sua importância no equilíbrio do poder político e na segurança e manutenção das liberdades e garantias conferidas pelo Direito aos cidadãos. De igual modo, ambos estão previstos na Constituição da República (art. 2º e art. 5º, II), pelo que não se nega, neste trabalho, a importância e a força cogente que circundam os princípios.

De todo modo, há de se ter em mente, consoante buscou-se demonstrar ao longo do primeiro capítulo, que os institutos já não mais carregam consigo a mesma ideologia e os mesmos contornos de outrora.

A deslegalização, nos moldes aqui propostos, não ofende nem a separação dos poderes nem a legalidade.

Com efeito, já se disse, os regulamentos expedidos no exercício da competência delegada não inovam o ordenamento jurídico. Daí não tratar-se de ato materialmente legislativo, que envolve a edição de normas de caráter genérico, abstrato mas, sobretudo, inovador.

A inovação primária do ordenamento se dá pela lei que atribuiu poderes de disciplina da matéria ao Executivo, que somente exerce sua competência delegada, atendendo aos limites da delegação.

O regulamento retira fundamento de validade da lei que lhe autoriza tratar da matéria, e não da própria Constituição da República. É que o Texto Constitucional apenas contém autorização genérica para que o Legislativo promova

a delegação de poderes (art. 49, V) mas não consiste na delegação em si, que é promovida pelo Poder Legislativo. É dizer: a delegação do poder de disciplina de dada matéria é opção do legislador, que deve ser conferida por meio de lei.

Ademais, não há afronta à separação dos poderes porque o Legislativo pode, a qualquer tempo, revogar a delegação, retomando a competência antes atribuída ao Poder Executivo. Do contrário, não haveria delegação, mas demissão de competência, esta sim, atentatória da separação dos poderes.

Ora, se o Legislativo se mantém na titularidade do exercício da função legislativa, não há se falar em afronta à separação dos poderes. Ademais, a indigitada afronta presume usurpação de competência, o que não é o caso, já que o próprio detentor da competência é quem a repassa ao Executivo. Ao tratar da matéria, Garcia de Enterría ressalta que a delegação não implica transferência do poderes legislativos à Administração:

Tal transferência implicaria numa alteração substancial da Constituição, e já sabemos que não se trata disto – independentemente do que não estaria em mãos da lei fazê-lo, pois incorreria em inconstitucionalidade. Não é que o Poder Legislativo abdique de suas responsabilidades e as transfira a outro centro orgânico; isto não pode fazê-lo nenhum órgão porque todo poder é, antes que uma faculdade, uma função e uma obrigação de atuar. É, muito mais simplesmente, uma apelação pela lei ao regulamento para que este colabore na regulação que a mesma acomete, para que a complemente e leve seu desígnio normativo até seu término. (...) Haveria transferência de poder se estivéssemos diante do fenômeno dos chamados no Direito constitucional “*plenos poderes*”, isto é, uma entrega em branco, formal, das competências legislativas ao Executivo. Mas a delegação legislativa se distingue de maneira radical desse fenômeno (...) (ENTERRÍA, 1991, p. 272)

E não se diga que o art. 25 do ADCT vedou a possibilidade de delegação de poderes. O dispositivo revogou, a partir de 180 dias, a contar da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional.

Anui-se, neste ponto, com a opinião de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2000, p. 171 *et seq*), para quem a revogação visou tão somente a romper



com a estrutura de delegações até então vigente, para possibilitar o surgimento de outra, condizente com a nova ordem constitucional que se descortinava.

Almejasse o legislador constituinte vedar novas delegações de poderes a partir da promulgação da Constituição de 1988, teria inserido norma expressamente proibitiva no Texto Constitucional, e não simplesmente nas disposições transitórias. Foi o que fez o constituinte de 1967/69, que expressamente vedou a delegação de funções de um poder ao outro (art. 6º, parágrafo único).

Luis Roberto BARROSO (2003, p. 301), conforme apontado no capítulo 2, defende que esta proibição representa uma tradição de indelegabilidade eleita pelo Direito Constitucional brasileiro, a sugerir que a deslegalização não goza de amparo no atual ordenamento jurídico.

Entendemos, ao contrário, que a Constituição de 1988 veio exatamente a romper com essa tradição, haja vista a ausência de disposição expressa nesse sentido (de vedação).

Para além da ausência de vedação à delegação de poderes, há que se considerar que a própria Constituição da República autoriza a delegação normativa (art. 49, V) ao prever que a sustação de atos normativos que exorbitem dos limites da delegação legislativa competem exclusivamente ao Congresso Nacional.

Por fim, ainda em matéria de separação dos poderes, e com espeque no dispositivo constitucional citado no parágrafo anterior, há que se rejeitar a tese da delegação disfarçada, sustentada por Celso Antônio Bandeira de Melo.

Dessarte, quem define o montante da delegação normativa repassada ao Executivo é o próprio Legislativo (titular da competência). Trata-se de decisão política, consentânea com a nova concepção de separação dos poderes, que não se constitui fim em si mesma, mas mecanismo de controle do poder e de consecução dos direitos e garantias fundamentais.

### *3.2.2. Dever de obediência às leis pelas entidades delegadas*

A doutrina contrária à deslegalização sustenta que o instituto estaria a alterar o procedimento legislativo estabelecido pela Constituição da República, de

modo que as entidades delegadas não estariam mais sujeitas às leis editadas sob a chancela dos cidadãos.

O argumento parece partir do pressuposto de que a delegação de competência seria como um cheque em branco para que o Executivo trate de toda e qualquer matéria cuja disciplina seja de titularidade do Poder Legislativo. Desconsidera que a delegação deve ser conferida em matéria específica, que tenha pertinência com a as atribuições do órgão ou entidade que recebe a competência.

É de se notar, portanto, que os delegatários da competência permanecerão a dever obediência a todo o ordenamento jurídico, disciplinando, exclusivamente, a matéria que lhe foi delegada, observados os limites da delegação, conferida com a chancela dos cidadãos, já que editada por lei em sentido formal, submetida, portanto, ao devido processo legislativo.

### *3.2.3. Conformidade com a hierarquia existente entre os atos legislativos e administrativos*

A delegação normativa não altera o grau hierárquico do regulamento, que continua submetido à norma que delegou competência.

Nesse sentido, não é dado ao ato normativo ultrapassar os limites da delegação ou disciplinar a matéria de forma diversa daquela prevista na lei de regência.

De igual modo, o regulamento não poderá contrariar princípios do Direito ou outras normas que disciplinem matérias não abrangidas pela delegação, ainda que de algum modo guardem pertinência com a matéria delegada. O regulamento não pode infringir a lei porque está situado em posição normativa hierarquicamente inferior à lei, de modo que a contrariedade com a norma legal acarreta a invalidade do dispositivo nele contido. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 199).

No mesmo sentido, ressalta MAURER que “*o regulamento contrário ao Direito é nulo e, por conseguinte, não vinculante. Às autoridades não é permitido aplicá-lo e os cidadãos não devem obedecê-lo.*” (2011, p. 365)

Ademais, conforme já se disse, a qualquer tempo o Poder Legislativo pode revogar a delegação normativa, a partir de quando retomará a responsabilidade de disciplina da matéria. Esta revogação pode até mesmo ocorrer de maneira tácita, bastando, para tanto, que uma lei superveniente discipline a matéria de maneira diversa do regulamento.

Parece nítido, portanto, que em havendo submissão do regulamento à lei delegante e ao Direito e tendo em vista a possibilidade de retomada da competência pela lei não há de se cogitar de afronta à hierarquia das fontes normativas.

#### *3.2.4. Autorização constitucional para delegação normativa e mecanismos de controle*

Questionam também os críticos da deslegalização a contrariedade do instituto com o comando constitucional que estabelece os requisitos para a delegação legislativa (que entendem restrita à lei delegada) e, ainda, a ausência de mecanismos de controle da delegação.

Já se disse no tópico inaugural deste capítulo que a deslegalização tem fundamento no art. 49, V da Constituição da República que, pela redação adotada, aponta para possibilidades de delegação normativa que vão além da lei delegada.

E é o mesmo dispositivo que ampara a deslegalização, que fornece o mecanismo de controle a que estarão submetidos os regulamentos editados sob o pálio da delegação de competência. Os atos normativos irregulares estão sujeitos à sustação pelo Congresso Nacional.

Mas não é só. A delegação de competência normativa ao Executivo não afasta a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, considerando o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, constante do art. 5º, XXXV da Constituição da República.

Pelo princípio contido no dispositivo, *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Deste modo, como, a propósito, demonstram os arrestos colacionados no capítulo anterior, a lei que delega competência legislativa pode ser infirmada judicialmente pelo controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Ademais, não se afasta a possibilidade de que os afetados pelo ato normativo expedido em contrariedade com a delegação normativa recorram ao Judiciário para ver afastada a aplicação do preceito irregular.

### 3.3. Análise da jurisprudência do STF

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de forma definitiva relativamente à delegação de competências normativas ao Poder Executivo. Embora a jurisprudência, tal como a doutrina, seja ainda vacilante, alguns precedentes, se não põem fim à contenda, dão conta de que a tese não é rechaçada pela Corte Constitucional, como afirmam os juristas mais ferrenhamente contrários à deslegalização.

Com efeito, no RE nº 140.669-1/PE o Supremo Tribunal Federal expressamente admitiu a tese da deslegalização ao entender pela constitucionalidade de Lei Federal que delegou competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazo de pagamento de receitas federais compulsórias.

Sustentou o relator que a lei infirmada degradou o grau hierárquico da norma e, ao mesmo tempo em que revogou o dispositivo da antiga lei que disciplinava o tema, deslegalizou a matéria, atribuindo competência à Administração para trata-la através de ato normativo próprio.

Ao defender a degradação do grau hierárquico da norma em matéria não reservada a lei, frise-se, o Supremo Tribunal Federal acolheu a possibilidade de que a delegação de poderes se dê de forma ampla, conferindo aos atos normativos inferiores autonomia para tratamento de matéria anteriormente disciplinada em lei. A revogação da norma legal anterior, na esteira do posicionamento do STF foi perpetrada pela própria Lei que conferiu poderes à Administração, e não pelo regulamento expedido pelo Ministro da Fazenda.

Na mesma esteira, no RE nº 264.289/CE discutiu-se a constitucionalidade de lei municipal que delegou ao Chefe do Executivo a disciplina para concessão de

vantagem pecuniária para os procuradores locais. O dispositivo que procedeu à delegação de competência foi declarado inconstitucional com os seguintes fundamentos: a) ausência de fixação de *standards* normativos pela Lei delegante; b) sujeição da matéria da remuneração dos servidores públicos à reserva específica de lei (art. 61, §1º, II, a da Constituição da República).

Com efeito, a Constituição da República expressamente inclui a remuneração dos servidores públicos entre as matérias cuja disciplina deve-se dar por meio de lei, de iniciativa do Presidente da República, pelo que a delegação afronta à reserva estabelecida no Texto Constitucional<sup>26</sup>.

É de ver, todavia, que o STF não se posicionou contrariamente à deslegalização. De fato, pelo argumento a *contrario sensu*, é de ver, a Corte não haveria por inconstitucional a delegação normativa se a matéria não fosse reservada à lei e se o Legislativo tivesse definido *standards* mínimos para a atuação do Chefe do Executivo em sua normatização.

Já na ADI nº 1668/DF, o STF foi mais sutil ao tratar da matéria da deslegalização. Uma leitura apressada do julgado pode levar a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se contrariamente à tese aqui defendida. E é o que tem feito, com o devido respeito, grande parte da doutrina, que fundamenta neste julgado a rejeição da delegação normativa pelo STF. Esta não parece uma interpretação razoável, contudo.

Com efeito, em nenhuma passagem do acórdão é possível extrair que o STF tenha se posicionado contrariamente à delegação de competências normativas a entidades da Administração. O julgado tratou da constitucionalidade de diversos dispositivos inseridos pela Lei nº 9.472/97, que atribuíam competências variadas à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Em relação à expedição de normas próprias de licitação e contratação (art. 22, II<sup>27</sup>), questão normativa mais

---

<sup>26</sup> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

<sup>27</sup> Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:[...] II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;

contundente levada à apreciação do Judiciário, o que fez o Pretório Excelso foi conferir interpretação conforme ao dispositivo infirmado, para que a ANATEL observasse o sistema de licitação do ordenamento em vigor, limitando-se à edição de normas específicas, relacionadas à matéria por ela regulada.

Determinou a Corte Constitucional, portanto, que as normas da autarquia não desbordassem os preceitos impostos por princípios e leis constantes do nosso ordenamento jurídico.

Nada mais óbvio!

O princípio da juridicidade determina que qualquer ato da Administração seja pautado pelos princípios do Direito e regras de regência. Em matéria de licitações e contratos compete à União a expedição de normas gerais (art. 22, XXVII da Constituição da República<sup>28</sup>). Ademais, o art. 37, XXI do Texto Constitucional<sup>29</sup> prevê que as contratações administrativas serão precedidas de procedimento licitatório que observe os princípios da isonomia entre os licitantes e da vantajosidade para a Administração, “*nos termos da lei*”.

Logo, licitações e contratações públicas são matérias submetidas a reserva de lei, de modo que o espectro de normatização relegado à Agência deve de fato ser limitado e as normas por ela expedidas devem obedecer ao arcabouço normativo existente. Foi o que disse o Ministro Nelson Jobim, ao afirmar que as “normas próprias” a serem ditas pela Agência, conforme previsão do art. 22, II, seriam “*normas específicas*”, naturalmente adstritas ao âmbito de atuação da autarquia.

Nesse passo, é tautológico afirmar que o ato normativo que disciplinar estas “*normas específicas*” não pode contrariar disposições legais atinentes à

---

<sup>28</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

<sup>29</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

matéria. Essa premissa básica deriva da hierarquia das fontes normativas (lembrese que não houve, aqui, revogação da lei de licitações, que fornece a disciplina geral da matéria, nos termos do art. 22, XXI da CR/88) e afigura-se como um dos requisitos para a que a delegação de competências normativas ao Poder Executivo seja legítima, consoante abordagem realizada em capítulo próprio.

O que importa, neste momento, é perceber que o julgado não se posicionou contrariamente à delegação normativa, embora tenha entendido que a delegação de competências à ANATEL não se dá de forma tão abrangente como a que aqui se sustenta.

#### 3.4. Requisitos para a efetivação da deslegalização

Anotada a possibilidade constitucional de delegação de competência a órgãos do Poder Executivo (art. 49, V, da CR/88) para além da hipótese de lei delegada (de exclusiva competência do Presidente da República), afastados os argumentos contrários à hipótese de deslegalização e apresentados precedentes jurisprudenciais (do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça) acerca da matéria, resta estabelecer os requisitos e limites para o exercício da competência normativa delegada.

No capítulo anterior, ao apresentarmos o posicionamento de alguns doutrinadores acerca da delegação de competências normativas ao Poder Executivo, foram apontados alguns conceitos formulados para o instituto da deslegalização.

Ousamos propor um novo conceito. E com isto não pretendemos refutar os demais, mas tão somente complementá-los, de forma a alcançar conceituação condizente com os requisitos e limites que entendemos envolver a matéria.

Para nós, a deslegalização é o fenômeno pelo qual uma lei de baixa densidade normativa delega ao Poder Executivo ampla competência normativa para, mediante edição de atos normativos secundários, observados os *standards* por ela definidos e o arcabouço normativo vigente, disciplinar dada matéria não essencial, de iniciativa do Poder Legislativo, que tenha relação com as atividades fim desempenhadas pelo órgão ou entidade que recebe a delegação normativa.

O conceito fornece algumas características a respeito da deslegalização. Vejamos.

#### *3.4.1. Delegação por meio de lei*

A deslegalização é fenômeno necessariamente procedente de lei. Trata-se de opção do legislador em delegar dada matéria ao Poder Executivo.

Isso significa que no silêncio da lei não haverá deslegalização, que depende de expressa manifestação do legislador, mediante edição de lei submetida ao devido processo legislativo.

Com efeito, não é admissível supor que a Constituição da República, no silêncio do legislador, tenha autorizado a atuação normativa ampla do Executivo<sup>30</sup>. Não é por outra razão que o art. 49, V fala em “limites da delegação” e esta, a delegação, naturalmente demanda atuação positiva por intermédio da autoridade titular da competência delegada, *in casu*, o Legislativo.

Uma indagação que pode surgir acerca da matéria: Por que proceder à deslegalização por “lei” e não por resolução, tal como ocorre com a lei delegada?

Porque o art. 68, que trata desta última espécie de delegação, expressamente prevê que ela se dará por resolução, o que não é o caso da deslegalização. Desta forma, para preservar a separação dos poderes e garantir a legitimidade democrática da delegação de competência, é de se adotar interpretação restritiva da matéria, que leva, necessariamente, à conclusão de que a deslegalização, na ausência de disciplina contrária da Constituição, depende de lei.

#### *3.4.2. Baixa densidade normativa da lei delegante e definição de standards*

Adotamos, aqui, o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, para quem a lei que habilita a ampla atuação regulamentar da Administração deve conter densidade normativa mínima, para que seja consentânea com o Estado Democrático de Direito. (2013, p. 315).

---

<sup>30</sup> Exceto nas situações relevantes e cujo tratamento demande urgência, que autorizam a edição de Medida Provisória, nos termos do art. 62 da Constituição da República.



Não se afigura necessário, pois, que a lei estabeleça previamente todos os elementos das relações jurídicas que serão travadas sob sua regência, mas é cogente que a lei delegante fixe *standards* a serem observados pelo Poder Executivo na edição dos regulamentos.

A fixação de princípios e finalidades e a determinação de limites para o ato normativo delegado é imprescindível, até mesmo para possibilitar o seu controle, já que o próprio art. 49, V da Constituição da República prevê a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites da competência delegada.

Ademais, a ausência de fixação de parâmetros e limites equivaleria a conferir ao Poder Executivo competência amplíssima, fazendo-o substituir ao Legislador, a quem compete a normatização de matérias essenciais (ver tópicos seguintes). Tratar-se-ia de delegação de competência não reconduzível à lei, por ausência de densidade normativa mínima para tanto, o que implicaria em reconhecer a possibilidade de edição de regulamento autônomo ao Executivo, fora das hipóteses constitucionalmente admitidas (alíneas do inciso VI do art. 84, do Texto Constitucional).

Atendendo a estes parâmetros, ou *standards* legais (e, obviamente, obedecendo as diretrizes impostas pelo ordenamento jurídico), o ato normativo gozará de ampla margem de disciplina da matéria delegada.

### *3.4.3. Observância do arcabouço normativo vigente*

O ato normativo editado com fundamento na deslegalização deve obedecer aos princípios gerais do Direito, normas constitucionais, as leis e regulamentos que tenham pertinência com a matéria regulada.

Aos princípios gerais do direito e às normas constitucionais todo e qualquer ato normativo deve obediência, inclusive a lei em sentido formal. Mas aos regulamentos isto não basta, porque eles, ao contrário das leis, não têm o condão de revogar outras leis.

Por isso inclui-se nos limites ao poder normativo a observância, também, às leis e regulamentos. É que embora a deslegalização confira ao Poder Executivo ampla liberdade para normatização, esta liberdade se restringe à matéria delegada.

Logo, se no exercício da delegação o Executivo esbarra em matérias que tenham alguma pertinência, conexão ou qualquer tipo de relação com o objeto da delegação, mas com ele não se confunde, deve obedecer às leis e regulamentos que tratam da matéria, sob pena de extrapolar os limites da delegação.

A exceção vem por conta da própria matéria delegada. É que o regulamento expedido no exercício da competência delegada tem o condão de revogar as leis que tratam da matéria a este repassada e nos estritos limites da delegação. E isto porque a revogação ocorre com fundamento na Constituição da República (art. 49, V) e por autorização expressa da lei delegante, que figura como ato condição do regulamento, como sustentamos em item precedente. A revogação (ou derrogação, a depender da extensão da matéria disciplinada) pode, pois, ser deixada a cargo do ato normativo, ao qual é dado disciplinar a matéria delegada de modo diverso da disciplina contida em lei anterior.

#### *3.4.4. Edição de atos normativos secundários*

As normas expedidas no exercício da competência delegada são dotadas de natureza normativa secundária, posto que seu fundamento de validade é a lei que lhe delega competências, e não a Constituição.

Assim, o ato normativo, enquanto manifestação do exercício da competência delegada, traduzirá o conteúdo da delegação, e inovará o ordenamento jurídico nos limites da lei, ato-condição para que o Executivo proceda a esta inovação e sem o qual se torna ela ilegítima.

Se os atos normativos delegados retiram seu fundamento de validade da lei delegante e a ela devem obediência, os *standards* por ela fixados devem ser necessariamente observados. Em direção semelhante, sustenta ENTERRÍA:

O que é fundamental é notar que essa alteração é ocasional, com vistas a uma operação concreta, mas deixando incólume o sistema geral que resulta da Constituição; porque em uma ocasião que a lei habilite o regulamento para inovar uma regulação de lei não quer dizer que o princípio constitucional de subordinação do regulamento à lei fique modificado; porque para uma ocasião determinada a lei abra ao regulamento a disponibilidade sobre uma das matérias que a Constituição lhe reserva, não

quer dizer que esta reserva se perca ou se reduza mais adiante. Essa alteração ocasional, caso por caso, do sistema de relações lei-regulamento é justamente o conteúdo da delegação legislativa, e expressa, simplesmente, uma técnica de colaboração do regulamento com a lei e a requerimento desta, a atualização dessa nota essencial do regulamento sobre a que vimos insistindo, seu caráter complementar e instrumental da lei, no qual tem a mais alta de suas justificações. (ENTERRÍA, 1991, p. 217)

É que a lei goza de supremacia hierárquica em face dos regulamentos. E disso decorrem duas consequências: a prevalência da lei delegante sobre o regulamento delegado e a preponderância da lei sobre o regulamento delegado.

**Prevalência da lei delegante:** o conflito porventura existente entre a lei delegante e o regulamento sempre se resolverá em favor desta.

**Preponderância da lei sobre o regulamento delegado:** embora a lei delegante tenha a prerrogativa de revogar a legislação anterior – porventura existente – sobre a matéria delegada, deixando ao regulamento a disciplina da matéria, o Legislativo, enquanto titular da competência normativa, pode revogar a delegação a qualquer tempo, expressa ou tacitamente, total ou parcialmente. Daí falar-se em preponderância da lei, pois a vontade do legislador, por esta expressa, sempre predominará sobre o regulamento. É o que assinala Hartmut MAURER:

O Parlamento segue sendo, portanto, dono do poder legislativo. A ele compete determinar se e de que maneira serão expedidos os regulamentos. Ademais, em qualquer momento, pode não apenas revogar a habilitação outorgada, mas também derrogar ou modificar, mediante lei formal, os regulamentos promulgados. (MAURER, 2011, p. 111)

A revogação expressa ocorrerá quando lei superveniente ao regulamento<sup>31</sup> expressamente retirar do Executivo a competência para a disciplina da matéria. Já a revogação tácita terá lugar sempre que uma lei posterior ao regulamento disciplinar a matéria que fora, antes, conferida ao regulamento.

Numa e noutra hipóteses a revogação poderá ser total (caso a lei retire toda a matéria da competência do Executivo – revogação expressa – ou a discipline

---

<sup>31</sup> Diz-se superveniente porque a lei que atribui competência ao Executivo pode revogar as leis que tratassem anteriormente da matéria, cujas disposições continuarão vigentes até que seja efetivamente editado o regulamento, caso não haja revogação expressa pela lei delegante.

por completo – revogação tácita) ou parcial (quando o Legislativo suprimirá apenas parte da competência delegada – revogação expressa – ou disciplinará parcela da matéria confiada a órgão ou entidade da Administração).

#### 3.4.5. *Disciplina de matéria não essencial*

O Poder Legislativo é o titular natural da função legislativa. Em âmbito federal, a Constituição da República conferiu ao Congresso competência para tratar de todas as matérias de interesse da União (art. 48, *caput*)<sup>32</sup>.

A deslegalização não desrespeita esta determinação, tendo em vista que a lei que a efetiva, disciplina, embora não exaustivamente, a matéria delegada. Do contrário, inexistindo disciplina mínima, o que haveria seria a abdicação legislativa<sup>33</sup>, esta sim, não amparada pela Constituição da República.

Certamente, todavia, não são todas as matérias cuja disciplina legal esteja a cargo do Congresso que admitirão normatização pelo Executivo, mediante prévia delegação de competência. Com o Congresso devem permanecer, para sua única e exclusiva disciplina, ou para a disciplina mais pormenorizada, as decisões essenciais, na esteira da doutrina alemã:

A questão é precisar que matérias e assuntos estão compreendidos pela reserva de lei, assim como determinar – dentro do âmbito coberto por esta reserva – o que o legislador deve regular ele próprio e o que pode remeter ao titular da competência regulamentar e o quão densas e precisas devem

---

<sup>32</sup> Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

<sup>33</sup> Acerca da abdicação legislativa, Carlos Roberto Siqueira Castro, com esteio no julgamento da ADI nº 1.668-DF, que admitiu a larga atribuição de poderes normativos à ANATEL, desde que não houvesse contrariedade com os preceitos legais delineados, expôs: “Já se viu, de acordo com a universalização do sistema de governo contemporâneo, em prol das delegações de competências orgânicas, que as formas constitucionais que as vedam, em linguagem ortodoxa, prestando anacrônica reverência ao princípio da indelegabilidade normativa, acabam condenadas ao desuso e ao descrédito. Por isso a questão está, a rigor, menos em saber se as delegações são possíveis a luz dos variados diplomas constituintes, e sim muito mais, em saber de que maneira e sob que condições, o repasse da função legislativa pode ser aceito ou tolerado em cada regime constitucional. O que é vedado ou deve ser vedado, enfim, no sistema de separação funcional da soberania, qualquer que seja seu grau de flexibilidade, é a abdicação legislativa, ou seja: a delegação do poder-dever de legislar que importe em renúncia do âmago intransferível de tal competência política. Sempre que isso ocorrer, advirá a eiva de inconstitucionalidade do ato de delegação praticado pelo Congresso, pois se estará desafiando aí o esquema mínimo fundamental da alocação dos poderes constituídos arquitetado pelo Poder Constituinte. Há que se distinguir, pois, ente abdicação legislativa e delegação legislativa. Se o Congresso efetuou a delegação como meio de implementar determinada política legislativa ou se fez a pretexto de evadir-se da responsabilidade pela decisão que lhe incumbia tomar. Eis a questão. (*apud*, ARAGÃO, 2013, p. 308)

ser as regulações legais. A resposta vem dada pela citada fórmula do BVerfG [“o legislador deve adotar, ele mesmo, todas as decisões essenciais nos âmbitos normativos fundamentais, especialmente no que se refere ao exercício dos direitos fundamentais”] e pela denominada “teoria do conteúdo essencial”. O legislador tem que adotar ele mesmo todas as decisões essenciais no âmbito normativo. Essencial é, segundo vem sublinhando sempre o Tribunal, “o que é essencial para a realização dos direitos fundamentais”. (MAURER, 2011, p. 154)

Não se desconhece que o conceito de essencialidade é vago e impreciso, o que dificulta identificar, *a priori*, todo o rol de matéria que se sujeita à normatização exclusiva, ou mais detalhada, por lei formal. A verificação ficará para o caso concreto, devendo ocorrer sempre que se pretender conferir habilitação legal ao Executivo.

De todo modo, é possível identificar algumas matérias essenciais, não delegáveis, pois, sobretudo relacionadas com o Estado e com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade.

Para além disso, densificando a restrição à delegação, é possível enxergar no art. 60, §4º da Constituição<sup>34</sup> um norte para a identificação de matérias essenciais. O dispositivo veda a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, os direitos e garantias individuais.

Possível, ainda, elencar entre as matéria essenciais aquelas cuja disciplina não pode ocorrer por medida provisória ou lei delegada, a teor, respectivamente, do art. 62, §1º e do art. 68, §1º, ambos da Constituição da República, que apresentam conteúdo parcialmente correspondente<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Art. 60 [...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;  
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
 III - a separação dos Poderes;  
 IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>35</sup> Art. 62. [...]

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa 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;

Por fim, há que ressaltar que as questões mais caras ao Estado e às garantias dos cidadãos vêm, geralmente, expressas em reservas absoluta de lei, conforme acentua Alexandre Santos de Aragão:

O princípio da legalidade envolve uma questão de hierarquia entre fontes normativas, ao passo que a reserva de lei questões de competência. Nessa há competência exclusiva do Legislador para estabelecer normas em determinadas searas, casos em que as leis deverão, conseqüentemente, sempre possuir uma grande densidade normativa, já que não podem ser complementadas ou especificadas por atos inferiores.

Devemos, então, verificar na Constituição as matérias submetidas à reserva especial de lei – matérias essas sempre especificadas. Todas que não forem reservadas se subordinam ao Princípio da Legalidade, também, por essa razão, chamado de reserva legal.

A regra é a reserva relativa, havendo reserva absoluta [...], que pressupõe o esgotamento da matéria pela lei, sem a concessão de poder regulamentar à Administração Pública, apenas nas referências expressas feitas pela Constituição ao tratamento de determinada matéria por lei (ex.: “a lei estabelecerá”, “mediante lei autorizativa” etc.). Todavia, algumas previsões de lei, ainda que específicas de determinadas matérias, podem denotar a reserva relativa, tais como “segundo a lei”, “com base na lei” etc.

Neste sentido, a forma eleita pelo legislador constituinte para tratar da matérias sujeitas à disciplina por lei formal é mais um norte para definir o que se apresenta como essencial ao Direito Pátrio.

---

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

[...]

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A essencialidade da matéria disciplinada esbarra na questão da densidade da lei delegante. Quanto mais relevância tiver a matéria para o Estado, para os cidadãos ou para a coletividade, maior é a exigência de atuação direta do legislador e, logo, maior deverá ser a densidade normativa do diploma legal que delega funções ao Executivo. É o que aponta Hartmut MAURER:

Quanto mais essencial for um assunto para o cidadão ou para a coletividade, maiores serão as exigências impostas ao legislador. Isso significa, em relação à densidade da regulação, que: quanto mais afetados sejam os direitos fundamentais do cidadão, quanto mais graves sejam os efeitos para a coletividade e quanto mais controverso resulte um complexo de questões para a opinião pública, mais precisa deve ser a norma legal. (MAURER, 2011, p. 154)

As questões absolutamente essenciais, portanto, não poderão ser delegadas, de modo que a participação do Executivo na formulação da disciplina da matéria se limitará à edição de decreto regulamentar (Art. 84, IV da Constituição da República), caso haja necessidade de tanto.

#### *3.4.6. Matéria de iniciativa do Poder Legislativo*

O requisito essencial para se delegar competência a outrem é o de que a autoridade delegante seja detentora da competência delegada. Não se delegam atribuições titularizadas por outra pessoa, obviamente.

Por esta razão, somente podem ser objeto de deslegalização as matérias de lei de iniciativa do Congresso Nacional.

Adicionalmente, as competências privativas deste órgão também não podem ser delegadas, haja vista que a não-delegação é da essência das competências privativas.

#### *3.4.7. Disciplina da matéria que tenha relação com as atividades finalísticas do órgão ou entidade que recebe a delegação*

Uma das justificativas para a delegação de competências normativas pelo Poder Legislativo é o ganho em técnica em relação à matéria objeto da delegação.

Afigura-se, pois, imprescindível, que o órgão ou entidade que receba a delegação tenha entre suas atividades finalísticas, entre suas competências típicas, o tratamento de situações afetas ao objeto da delegação.

Atividades-fim são aquelas inerentes à finalidade primordial da estrutura organizacional, constituindo-se campo de ação precípua e destacado no rol das especialidades envolvidas. Atividades-meio, de sua parte, são atividades auxiliares, complementares ou acessórias, que se agregam à atividade principal e concorrem para sua execução.

A título de exemplificação, uma delegação ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento deverá ter pertinência com as matérias elencadas no art. 19, V, da Lei 8.028/90, que estabelece as competências do órgão<sup>36</sup>.

Delegação desta espécie foi analisada no RE nº 140.669/PE, citado no Capítulo 2, no qual se discutiu a competência delegada ao Ministro da Fazenda para fixar prazo de pagamento de receitas federais compulsórias, matéria relacionada à administração tributária e, portanto, afeta ao Ministério.

Irregular, por outro lado, seria a ele delegar competência para tratar do regime aplicável ao serviço de telecomunicações, sobre a política nacional de educação, ou sobre a administração penitenciária, exemplificativamente. É que o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento não detém competência para tanto e tampouco conhecimento técnico e prático sobre a matéria para justificar a delegação.

---

<sup>36</sup> Art. 19. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério Civil são os seguintes:

[...]

V - Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento:

- a) moeda, crédito, instituições financeiras, capitalização, seguros privados e poupança popular;
- b) administração tributária;
- c) administração orçamentária e financeira, auditoria e contabilidade pública;
- d) administração patrimonial;
- e) comércio exterior;
- f) negociações econômicas e financeiras com governos e entidades estrangeiras;
- g) desenvolvimento industrial e comercial;
- h) abastecimento e preços;
- i) elaboração de planos econômicos, projetos de diretrizes e propostas orçamentárias;
- j) estudos e pesquisas sócio-econômicas;
- l) sistemas cartográfico e estatísticos nacionais;



### 3.5. O controle da deslegalização

O mecanismo primordial de controle do ato normativo delegado encontra-se no dispositivo constitucional autorizativo da delegação. Dessarte, o art. 49, V, da Constituição da República, prevê competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites da delegação legislativa.

Deste modo, verificado o abuso da competência delegada, seja porque o regulamento deixou de observar os *standards* definidos pela lei delegante, seja porque contrariou demais normas do ordenamento jurídico, deverá o Congresso sustar o ato normativo com vistas a sanar a irregularidade perpetrada.

Para além disso, tanto a lei delegante quanto o ato normativo delegado estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário considerando que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito podem ser afastadas da apreciação deste órgão, a teor do art 5º, XXXV da Constituição da República. A materialização do controle judicial vem expressa no Capítulo 2 deste estudo, em que foram apontados casos em que o poder Judiciário foi incitado a se manifestar sobre a constitucionalidade da delegação normativa em casos distintos.

Para fins deste trabalho, que pretende fixar os limites da deslegalização<sup>37</sup> basta a indicação dos mecanismos de controle a que se sujeitam os atos normativos delegados para demonstrar que a delegação de competência não rompe com a separação dos poderes, como afirmam alguns. Ao contrário, a possibilidade de controle do ato administrativo, tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, somente fortalecem a noção de divisão de funções, e deixam ver que a delegação de competências não é um cheque em branco para o Poder Executivo.

---

<sup>37</sup> Neste sentido, não se faz necessário aprofundar o estudo da matéria.

## CONCLUSÕES

Em uma sociedade que se apresenta cada vez mais complexa e dinâmica, o Direito deve assumir sua função garantidor dos direitos e garantias fundamentais e isto não é possível se o tomarmos como instrumento inflexível e imutável.

Nessa esteira, é indispensável nos livrarmos dos dogmas oitocentistas, que pregam uma maior rigidez da separação dos poderes e dos princípios da legalidade, não para abandoná-los, já que ambos têm importância ímpar no Estado Democrático de Direito, mas para adequar seu conteúdo aos preceitos da modernidade.

Tanto a separação dos poderes quanto a legalidade devem estar a favor da consecução dos direitos e garantias fundamentais, conforme apregoa o constitucionalismo pós-moderno, e a morosidade do processo legislativo e as disputas políticas travadas no âmbito do Congresso em nada contribuem para tanto.

A severidade dos princípios tinha razão de ser à época do antigo regime, em que a figura do monarca se confundia com a figura do próprio Estado. Após as revoluções burguesas, que contribuíram para por fim a este quadro, era desejável que o Poder Executivo, antes soberano, se submetesse ao princípio da legalidade estrita sujeitando-se, assim, aos ditames emanados do Poder Legislativo, representante da vontade dos cidadãos. A atuação do Estado, à época, era praticamente restrita à garantia das liberdades individuais e à segurança. A esta época, falava-se, por estas razões, em predominância do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo.

Passando-se pelo Estado Social, em que predominou o forte intervencionismo estatal, o Poder Executivo passou a ter maior importância na divisão dos poderes até então delineada sob o estrelato do Legislativo. Esta intervenção exigiu a criação de um grande aparato burocrático, que favoreceu a corrupção, o clientelismo, a morosidade da atuação estatal e a ineficiência na consecução das atividades colocadas sob a responsabilidade do Estado.

Viu-se, com isto, a necessidade de reduzir o tamanho do Estado, dele retirando, com repasse para a iniciativa privada as atividades econômicas e de

mercado. Deste modo, o Estado poderia atuar nas áreas que efetivamente demandam sua presença. No Brasil esta mudança de paradigma ocorreu com a Reforma do Estado que, entre outras iniciativas, fez surgir as agências reguladoras, com o objetivo de regular os setores e serviços repassados ao particular. O papel assumido pelo poder público justificou o surgimento do termo Estado Regulador. Nele, o Executivo continua a ter papel primordial, sem preponderância do Poder Legislativo, que, todavia, mantém sua importância no desenho do Estado, como não poderia deixar de ser.

O redesenho da clássica separação dos poderes passa pela compreensão da evolução do papel do Estado, acima delineada. Mas é importante ter em mente que mesmo o mais ferrenho defensor da separação dos poderes e da legalidade compreende que a divisão nunca fora absoluta. Com efeito, cada um dos poderes desempenha preponderante e originariamente funções que lhes são típicas, o que não impede o exercício, em menor escala e intensidade, de atividades inerentes a outros poderes.

Nesse passo, a criação de normas gerais, abstratas, obrigatórias e inovadoras incumbe ao Poder Legislativo, embora, em alguns casos, seja levada a efeito, também, pelo Poder Executivo (*v.g.*, pela lei delegada e pelo Decreto autônomo – art. 68 e art. 84, VI, *a*, da Constituição da República, respectivamente) e pelo Poder Judiciário (*v.g.*, pelos Regimentos Internos dos Tribunais – art. 96, I, *a*, da Constituição da República).

Em tais hipóteses é dado aos poderes inovar primariamente o ordenamento jurídico, considerando que os regulamentos expedidos tiram fundamento de validade diretamente da Constituição da República.

Casos há, todavia, em que os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, por intermédio de seus órgãos e entidades, embora criem novos direitos e obrigações para o particular, fazem-no com fundamento em norma que lhe delega poderes para tanto. Esta inovação, realizada nos limites da lei, consiste em inovação secundária, tendo em vista a também secundária natureza do ato normativo que a veicula. Trata-se, portanto, de atividade formal e materialmente administrativa, visto que a inovação primária é imprescindível para caracterizar a existência de ato materialmente legislativo.

Esta é a hipótese de deslegalização, que encontra fundamento no art. 49, V, da Constituição da República, que confere ao Congresso Nacional competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites da delegação legislativa.

É de se entender que o dispositivo sofreu mutação constitucional em razão das alterações acima apontadas, de modo que seu texto passou a albergar a possibilidade de delegações outras que não somente aquela verificada pela “lei delegada”. A interpretação encontra respaldo na Constituição.

Com efeito, ao falar em atos normativos do “Poder Executivo” que “exorbitem dos limites da delegação legislativa”, o legislador constituinte criou possibilidade de delegação diversa da lei delegada. É que o dispositivo que a prevê (art. 68, da Constituição da República) determina seja ela elaborada pelo “Presidente da República”, órgão que não se confunde com o Poder Executivo, que é muito mais abrangente que a pessoa ou o cargo político de seu chefe.

Como as disposições da Constituição da República devem ser interpretadas sistematicamente, e partindo-se do pressuposto de que o constituinte não elegeu as palavras e expressões normativas de forma aleatória, é de se entender que ao prever a sustação, pelo Congresso, de atos normativos editados pelo Poder Executivo, o art. 49, V, admitiu a possibilidade de delegação de competências normativas amplas, mas não ilimitadas, aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Pela mesma razão acima exposta, não há se confundir tais regulamentos com o decreto regulamentar, cuja atribuição de expedição – a qual se manifesta pela edição de decretos para complementação da lei – veio conferida, com exclusividade, ao Presidente da República pelo Texto Constitucional (art. 84, IV).

A expedição de atos normativos sob o pálio da deslegalização está em consonância com a atual leitura da separação dos poderes e da legalidade. Após apresentar e analisar argumentos contrários ao instituto da deslegalização, formulamos o seguinte conceito: *a deslegalização é o fenômeno pelo qual uma lei de baixa densidade normativa delega ao Poder Executivo ampla competência normativa para, mediante edição de atos normativos secundários, observados os*

*standards por ela definidos e o arcabouço normativo vigente, disciplinar dada matéria não essencial, de iniciativa do Poder Legislativo, que tenha relação com as atividades fim desempenhadas pelo órgão ou entidade que recebe a delegação normativa.*

Do conceito é possível extrair as características e os requisitos da delegação normativa efetuada no âmbito da deslegalização.

Afiguram-se como características da deslegalização:

- a) delegação de amplas competências normativas ao Poder Executivo;
- b) os atos normativos expedidos no exercício da competência delegada possuem natureza secundária: os regulamentos não inovam primariamente o ordenamento jurídico, posto que seu conteúdo é reconduzível ao conteúdo da lei delegante. Disso decorrem a prevalência da lei (o conflito porventura existente entre a lei delegante e o regulamento sempre se resolverá em favor da lei) e a preponderância da lei sobre o regulamento delegado (o Legislativo, enquanto titular da competência normativa, pode revogar a delegação a qualquer tempo, expressa ou tacitamente, total ou parcialmente).

Os requisitos para legitimação da delegação normativa são os seguintes:

- a) veiculação por meio de lei: não se pode, tal como ocorre na lei delegada, proceder à deslegalização por intermédio de resolução. É que para a lei delegada a Constituição da República foi expressa em determinar a realização por meio desta espécie normativa, o que não ocorreu com as demais delegações (excetuada a lei delegada) constantes do art. 49, V. Daí, é de fazer leitura restrita, em prol da legitimidade democrática da delegação, que impõe que o repasse da competência seja realizada por meio de lei.
- b) necessidade de definição de Standards pelo Poder Legislativo: a lei que delega poderes ao Executivo deve conter densidade normativa mínima, que fixe os princípios, as finalidades e os limites a serem

observados pelo regulamento, até mesmo como forma de possibilitar o controle do ato normativo;

- c) observância do arcabouço normativo vigente: o ato normativo delegado deve atender aos princípios gerais do Direito, às normas constitucionais e às leis e regulamentos que tratem de matérias não incluídas no âmbito da delegação, mas que com ela tenham alguma pertinência, conexão ou qualquer tipo de relação;
- d) disciplina de matéria não essencial: Com o Congresso devem permanecer, para sua única e exclusiva disciplina, ou para a disciplina mais pormenorizada, as decisões essenciais, assim entendidas aquelas mais caras ao Estado e aos direitos e garantias fundamentais, bem como aquelas não sujeitas à alteração por emenda constitucional, e cuja disciplina não pode ocorrer por intermédio de medida provisória ou lei delegada. Também não estarão sujeitas à delegação as matérias com reserva absoluta de lei.
- d) delegação de matéria cuja iniciativa de lei esteja atribuída ao Poder Legislativo: somente se delega aquilo que é próprio da autoridade delegante, pelo que as matérias cuja iniciativa estejam conferidas a órgãos diversos do Poder Legislativo não poderão ser objeto de delegação.
- e) que tenha relação com as atividades fim desempenhadas pelo órgão ou entidade que recebe a delegação normativa: o órgão ou entidade que recebe a delegação deve ter, entre suas atividades finalísticas, o tratamento de situações afetas ao objeto da delegação, o que faz supor o incremento da qualidade técnica e prática na disciplina da matéria.

Entendemos que, observados estes requisitos, a delegação de competências normativas amplas ao Poder Executivo será legítima, não ofendendo a qualquer disposição constitucional.

Ressalte-se que o ato normativo delegado está sujeito ao controle do Poder Legislativo, que poderá sustar o ato que desborde dos limites da delegação (art. 49, V da Constituição da República).

Além disso, tanto a lei delegante quanto os regulamentos delegados submetem-se ao controle do Poder Judiciário, em obediência ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <direitodoestado.com.br> Acesso em: 20 ago. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Poder Normativo de Entes Reguladores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 230, 153-162, out./dez.. 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003..

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, agosto/setembro/outubro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 15 ago. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, 147-165, abr./jun.. 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 714.110/RJ. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 13 set. 2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 20 ago. 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 140.669/PE. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 02 dez. 1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 264.289/CE. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 03 Dez. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 14 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 20 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 637.485/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 01 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 18 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 18 out. 2014.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras. *Interesse Público*. Porto Alegre, ano VII, n. 35, p. 49-60, janeiro/fevereiro, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: Jus Podivm, 2008.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de, FERNÁNDES, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Globalização, Direito Constitucional, Democracia e Sociedade: Uma Breve Reflexão no Pano de Fundo da Modernidade ou da Pós Modernidade? Do Estado Nacional ou Pós Nacional?. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 56, p. 63-99, jan/jun 2010.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILHO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 - 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras – Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. Regulação e Maleabilidade Normativa à Luz do Direito Administrativo Econômico. In: FREITAS, D. B.; VALLE, V. R. L.. *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza *et. al.* *Repensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos de seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo – Parte General*. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº1, fevereiro, 2005. Disponível em [direitodoestado.com.br](http://direitodoestado.com.br).

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

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, Nov/dez/, 2006 / jan/2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 15 ago. 2014.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Universidade Federal de Minas Gerais. *Segurança Jurídica e o Ato Administrativo – por um regime de transição de avaliação cogente*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

WOLFF, Hans J. *et al.* *Direito Administrativo*. v. 1. [s.l.]. Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.