OBSERVAÇÕES SÔBRE O PODER REGULAMENTAR E SEUS ABUSOS

FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA
Livre-Docente da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: — *Art.* 87, *n.º I, da Constituição.* — *Faculdade normativa.* — *Poder discricionário.* — *Conclusão.*

I

1. Entre nós, os regulamentos são apenas repositórios de regras destinadas a proporcionar-nos meios para bem cumprir as leis que, como suas correspondentes, os antecedem. Aliás, melhor dizendo, podemos notar que êles, se nem sempre são sòmente isto, devem sê-lo.

Se, por influência da doutrina, aqui e ali, se tem procurado alargar abusivamente o âmbito das matérias compatíveis com o conteúdo normal de nossos regulamentos, não é de se levar em conta essa divagação mal utilizada.

Realmente. Como noutras que a antecederam, tais como as de 1891 e de 1934, a Constituição federal de 1946, em seu art. 87, n.º I, declara que os regulamentos, cuja emanação é privativa do Chefe do Executivo, são *"para fiel execução das lei"*. Nestas condições, não se enquadra nas atribuições do Executivo editar normas jurídicas, isto é, regras que, de dentro do corpo dos regulamentos, inovem o que consta das leis por êles regulamentadas; fazendo-o, o Executivo está legislando clandestinamente e, sobretudo, ilegìtimamente, porque, sôbre ser vedada entre nós a delegação de podêres (Constituição federal de 1946, art. 36, § 2.º), anormal é que algum dos ramos da atividade do Estado se arrogue qualquer das atribuições que lhe não digam respeito.

Em síntese: por seus regulamentos, baixados por decretos, ou por textos únicos, também chamados consolidações, não tem o Executivo possibilidade legal de entrar no exercício da faculdade normativa, que, entre nós, é reservada ao Legislativo.

2. Ao deixarmos notado que ao Executivo é vedado o uso da faculdade normativa, não afirmamos que, na prática, deliberada ou indeliberadamente, êle não faça. Ao contrário. Precisamente porque êle o faz, agora, amiúde, é que esta-

mos aqui, com estas observações. Tão freqüente é o fenômeno de o Executivo, em pleno regime constitucional como o em que vivemos, sub-reptìciamente, legislar, na esfera federal e ainda nos Estados, que nossos testemunhos, ainda ante inércia do Legislativo, não podem dispensar estas observações.

3. Em primeiro lugar, não há como concluir que há no de que tratamos, um como mal da terra e dos tempos. Dos Podêres do Estado, é o Executivo o que se apresenta com maior continuidade e fixidez, dentre os três Podêres. O Legislativo dá-nos as leis e o Judiciário distribui justiça. Porém, um e outro não atuam ininterruptamente junto à massa de governados, por modo que sintam de perto os ditames das necessidades sociais. Lei e sentença, ainda quando admiràvelmente apresentadas, só por feliz acaso podem descobrir o caminho do que convém à solução de problemas. Nasce disto uma vantagem para o Executivo, que é a experiência contínua. Mas, desta vantagem, também, nasce um adiantamento de soluções constantes, as quais, com tardança, vêm a ser adotadas nas normas jurídicas formais. Êsse adiantamento, seja de má-fé, seja de boa-fé, surge ora mal disfarçado, ora bem disfarçado nos regulamentos, transformados parcialmente em leis materiais.

3-A. No Brasil, os exemplos de regulamentos que valeram como leis já remontam ao Império. É fato conhecido, que dispensa citações especiais. A esta circunstância de seu passado político se viram acrescer outras, como: 1.º) os períodos de governos de fato, que, sob diversos nomes ensejaram ao Executivo o uso da faculdade normativa, ora utilizada em decretos, com fôrça de lei (1889 a 1891; 1930 a 1934), ora em decretos ou impròpriamente chamados decretos-leis (1937 a 1946), a qual se viu beneficiada pelo instituto da conversão; 2.º) o comodismo e a inércia dos nossos corpos legislativos sempre inclinados a, por omissão, ensejar ao Executivo que complete lacunas de suas leis, quase sempre incompletas. Essas circunstâncias, estimuladas pela histórica tendência dos chefes do Executivo, qual a de interferir insensìvelmente em matérias estranhas à sua competência, como criaram a psicologia daquele que, para empregar uma metáfora, de usar o cachimbo, ficou com a bôca torta.

II

4. A possibilidade de baixar regulamentos para a fiel execução das leis é, entre nós, privativa do Chefe do Poder Executivo, o qual os revela em decretos. A doutrina chama-a: Poder Regulamentar.

Precisamente porque, como já o fizemos ver, os regulamentos se destinam a dar-nos meios de bem cumprir as leis, no Brasil, o Poder Regulamentar é restrito. Em suma, aqui sòmente pode haver um tipo de regulamento: aquêle em que a velha lição punha o designativo de *regulamento de execução ou executivo*.[1] Qualquer esfôrço expendido pelos freqüentadores de livros estrangeiros de doutrina, embalde poderá engenhosamente procurar convencer-nos de que o nosso sistema de Direito Positivo comporta outra espécie de regulamento que não apenas aquêle que fielmente se destine a bem fazer cumprir leis, e não assim

1. Cohen: *La Loi et le Réglement*, "passim"; Berthelémy: *Droit Administratif*, pág. 111.

ao fim de alterá-las. Não há, noutras palavras, aqui, lugar para os chamados regulamentos paralelos, autônomos, ou independentes, que nada mais são que leis materiais.[2] Conseqüentemente, persiste, como mera aventura de juristas livrescos, e quiçá, como expressão de um desejo sem agasalho nas leis, isto de se falar em regulamentos como fontes de Direito, entre nós. Não se faz mister, repitamos o que se lê no art. 36, § 2.º, combinado com o art. 87, n.º I, da Constituição federal de 1946. Ali está o fim, o destino, o que, enfim, justifica os regulamentos e a sua limitação entre nós. Assim, regulamentos que, entre nós, tenham outro fim, como o de, mormente, baixar normas jurídicas são exorbitantes e, como tais, constituem anomalias. De que modo, porém, será possível coibir os abusos que, no capítulo, se multiplicam, de uns tempos a esta parte? A resposta só pode ser formulada, depois de feito um ligeiro estudo sôbre as opiniões doutrinárias de quantos, lá fora, examinaram o assunto.[3]

5. Fundados na observação de Gneist, segundo a qual, tudo quanto a autoridade administrativa pode genèricamente proibir ou determinar, pode igualmente proibir, ou determinar, caso por caso, em vista da similitude, escritores houve que apontaram no Poder Regulamentar um como desdobramento do Poder Discricionário. Daí concluírem que nenhum embaraço poderia haver à liberdade de direções do Poder Regulamentar. Desta conclusão, falsa porque emergida de premissas artificiais, se seguiu o hábito de casos particulares serem objeto de normas jurídicas em regulamentos.

Parece-nos que do axioma de que a Administração pública pode proibir ou ordenar, conforme à lei, não se segue que a ela é dada a faculdade normativa, por que possa emanar normas jurídicas, de caráter casuístico, e muito menos que seja o Poder Regulamentar manifestação especial da discrição. A questão, antes, tem de ser posta à base do Direito Positivo, para o efeito de, se êste consentir em que caiba, em matérias expressamente apontadas nas leis, a faculdade normativa dentro do Poder Regulamentar, admitir a exceção ao princípio de que leis só podem ser as leis formais.

6. Em princípio, para que o Poder Regulamentar fôsse manifestação do Discricionário e envolvesse a faculdade normativa, seria preciso que o sistema: 1.º) desse, expressa e limitadamente em dadas matérias, a faculdade normativa como nota especial do Poder Regulamentar; 2.º) admitisse, *necessàriamente*, a delegação de podêres. Mas, quando a lei silencia sôbre ser a faculdade normativa um tipo de *freie ermessem*, como diz Uaun,[4] ou discrição, como diz Michoud,[5] não ocorre, liminarmente, a disjuntiva que deixaria à Administração pública, em matérias expressamente mencionadas, a liberdade de emanar, ou deixar de emanar normas jurídicas. De onde poder-se dizer que, emanando-as, o Executivo

---

2 Para reflexões históricas, cf. Balachowsky-Pétit: *La loi et l'ordonnance dans les États qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatif et executif*, Paris. 1901.

3 Cf. Zanobini (*Sul Fondamento Giuridico della Podestà Regolamentare* e *Gerarchia e Parità delle Fonti*, nos "Scriti Vari di Diritto Publico"); Trentin (*Sulla Potestà Regolamentare delle Camere di Commercio*); Cammeo (*Le Funzione del Comune Italiano*, no "Trattato", de Orlando, II, págs. 64 e seguintes); Raggi (*Il Potere Discrezionale e la Facoltà Regolamentare*); Betti (*Sulla Base Giuridica del Potere Regolamentare*, na "Rivista di Diritto Publico". 1927, 1.ª parte); De Valles (*Il Fondamento Giuridico del Potere Regolamentare*, em "Rivista di Diritto Publico", vol. XXII, 1.ª parte).

4 Cf. Giannini (*Il Potere Discrezionale della Publica Amministrazione*, "passim").

2 Michoud (*Le Pouvoir Discretionnaire*, "passim").

realiza atividade ilícita, porquanto os atos administrativos, que, tendo a forma de regulamentos, contêm normas jurídicas, são ilícitos, visto resultarem de uma simulação de que resulta a obtenção de um *fim* diverso daquele que é atribuído ao regulamento. Mas, como coibir tal abuso, estancando o vêzo do Executivo? Em verdade, dois caminhos ocorrem: um é de difícil trilho, porque seria o de o Poder Legislativo ser mais ativo e presente e não permanecer atrasado em relação aos problemas que lhe incumbe resolver por leis sábias; outro é o de, cada vez que o administrado vir texto normativo em regulamento, oferecer-lhe resistência e enviar a hipótese ao exame do Judiciário.

Devemos convir que as reações aqui lembradas são de pouco prestadio, ante a infinidade de consolidações e regulamentos que, depois da Constituição federal de 1946, contêm normas jurídicas. Seria preciso que a reforma constitucional proibisse ao Executivo dar periòdicamente consolidações, em que trunca textos de leis bem como que conferisse aos administrados o direito de resistir operantemente às normas jurídicas que, clandestinamente, se põem em regulamentos.

Mas, isto seria uma legitimação excessiva do direito de resistência, cujos limites é de conveniência que se fixem, em bases moderadas. Por esta razão, o problema permanece insolúvel e, no entanto, cresce, para o desencanto dos administrados.