O PODER REGULAMENTAR DOS ÓRGÃOS REGULADORES

PEDRO DUTRA

1. A extensão do poder regulamentar a órgãos da administração pública. — 2. O poder regulamentar e a ordem jurídica. — 3. Os limites da norma regulamentar. — 4. Conclusão.

O exercício do poder regulamentar, por órgãos administrativos de diferentes níveis hierárquicos, traz o vinco autoritário que marca, como herança da experiência política, a administração pública brasileira; em conseqüência, a atenção aos limites que tais normas devem guardar em relação à Lei, converteu-se em uma questão recorrente no direito brasileiro[1]. A criação dos novos órgãos reguladores agita-a uma vez mais, tal como se verificou na reforma administrativa empreendida na década de 1930.

1. Já na reordenação da administração pública seguinte à outorga da Constituição de 1937[2], a necessidade de órgãos da administração pública — e não apenas o Chefe do Poder Executivo a quem ordinariamente compete expedir regulamentos de leis — expedir normas regulamentares relativas a matérias disciplinadas em leis ordinárias era reclamada; a atuação do Estado devia-se sofisticar, em especial a elaboração de normas expedidas por órgãos da administração pública que disciplinassem a intervenção estatal no domínio econômico por meio da fiscalização de agentes privados que prestavam serviços ou cuja produção de bens afetassem diretamente o interesse público.

OLIVEIRA VIANNA assim resumia essa questão:

> "*Ora, este movimento no sentido da descentralização funcional ou institucional, que vemos operar-se tanto na Itália como na Inglaterra, nos Estados Unidos*

1 cf. Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 1949-0 — Requerente Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Requerido Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul; Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

2 cf. Odilon Braga, "*Serviços Públicos Concedidos*". *in* Revista de Direito Administrativo — Seleção Histórica. s/d. p. 91-166.

como na Alemanha, na Áustria como na Austrália, em suma, em todos os países civilizados e organizados, está importando numa verdadeira descentralização jurídica, como já disse um publicista. Cada organização autárquica, que o Estado institui, ou é forçado a instituir, rouba-lhe, com efeito, um pouco da sua competência legislativa (competência regulamentar); a própria condição autárquica destas organizações implica, logicamente, a competência para a decretação de normas reguladoras das atividades sujeitas ao seu controle, à sua vigilância, ou à sua supervisão." (in *"Problemas de Direito Corporativo"*, Oliveira Vianna, Rio, 1938, p. 50)

Justificando a atribuição do poder a órgãos do Executivo para expedir normas regulamentares, que a partir de então se ampliava radicalmente[3], FRANCISCO CAMPOS, o autor da Carta de 1937, afirmava:

"*Os problemas legislativos de nosso tempo (...) são, por excelência, problemas de regulamentação e de controle das utilidades criadas pelo homem e que é dever do Estado colocar ao serviço da coletividade.*" (*"Restrições ao Poder Legislativo do Parlamento"*, *in "O Estado Nacional"*, Francisco Campos, 1941, p. 102)

Sem o corte autoritário que dominou a discussão no Brasil na década de 1930, a questão do poder regulamentar de órgãos administrativos também se apresentou nos Estados Unidos, onde os órgãos reguladores foram criados a partir do século passado, e, àquela altura, o legislador daquele país submetia à jurisdição desses órgãos (vários outros então criados) os agentes econômicos privados atuantes em mercados onde o interesse público fosse afetado e portanto devesse ser guardado na forma da Lei:

"*When the twentieth-century administrative state arrived, its appetite for legislation was of a magnitude of which neither Bentham nor the Foundind Fathers could have dreamed. The legislature itself could not directly perform its vast new tasks of regulation and guardianship. Rulemaking came into its own as a potent weapon in the governmental arsenal*". (*in "Administrative Law"*, Bernard Schwartz, 1991, p. 168).

A administração pública francesa veio a enfrentar igual fenômeno. A Constituição vigente delega poder ao primeiro-ministro para editar normas regulamentares, mas a necessidade de a administração pública atender a problemas seus, concretos e cuja solução afeta grande contingente da população e agentes privados, também requereu a extensão do poder regulamentar a outros órgãos da administração, sendo este poder reconhecido pelos tribunais, como mostram DUHAMEL e MÉNY:

3 cf. Bilac Pinto, *in "Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública"*. 1941, p. 161/171.

"*La dévolution exclusive du pouvoir réglementaire au chef de l'Etat et au chef du gouvernement est cependant incompatible avec les nécessités administratives qui exigent que d'autres autorités nationales, et notamment les ministres, puissent poser églament des normes générales dans des domaines spécifiques. C'est pourquoi le Conseil d'Etat constitutionnel ont contribué à admetre et à définir ce que l'on appelle le pouvoir réglementaire spécial.*" (*"Pouvoir Réglementaire", in* "Dictionnaire Constitutionnel", Olivier Duhamel & Yves Mény, Paris, 1992. p. 785).

2. A extensão do poder regulamentar a órgãos reguladores, cuja finalidade precípua é a guarda, na forma da Lei, do interesse público afetado em determinados mercados, respondeu à exigências postas pela sociedade à administração pública[4].

A ordem constitucional econômica vigente, que instituiu a abertura da economia nacional e determinou especialmente a defesa da livre concorrência e dos direitos do consumidor, sempre na forma da Lei, estimulou a criação de novos órgãos reguladores e extremou a necessidade de tais órgãos dispor de poder regulamentar. O número de situações concretas, que a eles se apresentam a exigir disciplina que não cabem às leis diretamente prover, não cessa de crescer. Mas a extensão do poder regulamentar a órgãos da administração pública, como são os órgãos reguladores, foi enfrentada ainda no regime da Carta Federal de 1937, quando primeiro foi formulada objetivamente, como visto acima.

O radicalismo autoritário daquele regime constitucional, celebrando o poder incontrastável do Executivo na pessoa de seu chefe, fez confundir a ação do Estado a deste poder — acento reacionário ainda vivo em nossa experiência jurídica. Essa assimilação imprópria encontrou reparo exato na análise de VICTOR NUNES LEAL. O futuro ministro do Supremo Tribunal Federal, verificando concretamente a latitude da competência de natureza legislativa que aquela Constituição outorgava ao poder executivo e a seus órgãos, demonstrou subsistir, mesmo naquele sistema jurídico autoritário, a "hierarquia entre lei e regulamento", a ser observada pela administração pública, ao expedir seus órgãos normas regulamentares.

"*Se o intuito do poder público é alterar alguma das disposições legais em vigor, está obrigado a servir-se da lei formal, não lhe bastando para isso o regulamento. Se, ao contrário, apenas pretende facilitar a execução da lei, especificá-la de modo mais inteligível, sem contudo dispensar exigências que ela faz ou exigir mais do que ela pede, então o regulamento é o veículo apropriado e tècnicamente aconselhável*". (*"Lei e Regulamento"*, in "Revista de Direito Administrativo", Victor Nunes Leal, janeiro 1945, p. 384) (grifamos)

O regime constitucional de 1946, reagindo extremadamente ao anterior, vedou, "a qualquer dos poderes delegar atribuições" (artigo 36, § 2°). A esse "embaraço constitucional" (que) surge como um anacronismo", na precisa observação de CAIO

4 cf. Pedro Dutra, *"Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações"* in Revista do IBRAC. vol. 4-3, 1997. p. 37-50.

TÁCITO[5], e se aceito paralisaria a administração pública, opôs-se a doutrina, superiormente refletida na síntese de SAN TIAGO DANTAS:

> "*A um órgão destinado essencialmente a coordenar atividades de particulares, e não a dirigir os movimentos de um corpo de funcionários, seria evidentemente indispensável o poder regulamentar. Sua ação disciplinadora se tornaria impossível e ficariam frustradas as razões de sua criação, se ele se limitasse à prática de atos repressivos, sem poder enunciar, com caráter de generalidade, as normas veiculatórias da sua política econômica.*" (*in "Problemas de Direito Positivo — Estudos e Pareceres"*, San Tiago Dantas, 1953, p. 205)

A defesa do poder regulamentar estendido aos demais órgãos da administração pública achou em seu advogado o identificador preciso de sua fonte irremovível e de seu limite natural.

> "*Se é, porém, certo que o Departamento Nacional do Café está naturalmente capacitado para expedir, sob a forma de instruções, circulares ou resoluções, quaisquer normas regulamentares em que desenvolva e particularize as disposições legais sobre a economia do café, mais nítida se torna essa capacidade quando é a própria lei que faz apelo ao seu pronunciamento integrativo. Estamos, então, diante do que a doutrina tem chamado regulamentos autorizados, isto é, regulamentos que a própria lei indica quem deve baixar, tolhendo desse modo qualquer dúvida sobre a capacidade do órgão regulador*". (ob. cit. p. 206)

Indispensável a atribuição do poder regulamentar a órgãos da administração pública, a primeira questão posta no exame da legalidade dessas normas terá por objeto a cláusula de sua autorização, cláusula esta que só poderá estar inscrita em Lei.

> "*Em resumo: se a autorização para expedir regulamento, contida em qualquer lei, confere certo campo de ação discricionária ao poder executivo, a verificação da legalidade das normas regulamentares que forem expedidas na conformidade dela depende do exame dos limites da cláusula de delegação.* ("*Lei e Regulamento*", *in* "Revista de Direito Administrativo", Victor Nunes Leal, janeiro 1945, p. 390)

Ao analisar esse ponto, agora subordinado aos termos da ordem constitucional democrática de 1946, FRANCISCO CAMPOS concluiu pela mesma linha:

> "*No exercício, porém, do poder regulamentar, por mais longe que possa ir o Poder Administrativo na formulação de regras ou de preceitos jurídicos, ele*

5 *In "As delegações Legislativas e o Poder Regulamentar", in* "Temas de Direito Público", 1° vol., p. 507. 1997.

não exerce, entretanto, nesse domínio uma atividade livre. A lei condiciona estritamente a produção administrativa de preceitos ou de regras de caráter jurídico, limitada a sua atividade, no que toca às medidas regulamentares destinadas à execução da lei, a tão-sòmente editar aquêles preceitos ou aquelas regras jurídicas que tenham por fim tornar executórios os preceitos e as regras legais, mediante dispositivos que, por serem de caráter meramente administrativo, o legislador deixou e podia deixar à prudente discrição do administrador." (*"Lei e Regulamento"*, *in* "Revista Forense", Francisco Campos, mar/abr. 1953, p. 71).

Reafirmado o princípio da submissão do regulamento à Lei, em face da extensão do poder regulamentar a órgãos da administração pública, as vicissitudes políticas do país viriam todavia, outra vez, constranger o seu ordenamento jurídico a outro ciclo constitucional autoritário, aberto a partir de 1964, e no qual as prerrogativas do Executivo avassalaram dramaticamente aquelas do Legislativo. A questão dos limites do poder regulamentar do Executivo, fosse por seu titular, fosse por seus demais órgãos, revestiu-se novamente de especial relevância. PONTES DE MIRANDA, comentando a Carta emendada de 1969, enfrentou a questão recorrente, da submissão do regulamento à Lei:

"Regulamentar é edictar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana. (...) Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei. Quanto menos se regulamentar, melhor." (*in "Comentários à Constituição de 1967"*, Pontes de Miranda, 1987, p. 314).

Uma vez mais restabelecida a ordem constitucional democrática, com a edição da Carta Federal vigente, o legislador reagiu, contudo sem os excessos verificados quando da redemocratização do país articulada pela Carta de 1946. Mas não faltou em reassegurar a prevalência da Lei, a comandar integral obediência dos regulamentos que autorize órgãos do poder executivo expedir. Como esclarece BANDEIRA DE MELLO:

"(...) entre nós, vige — e de maneira cabal — o princípio da legalidade, cuja compostura, no Brasil, está traçada por dispositivos constitucionais claríssimos. Assim, o art. 5º., II, estatui: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" O texto em causa — note-se — não diz regulamento, portaria, instrução ou quaisquer outros atos provenientes do Executivo. Segue-se que atos inferiores, como é o caso dos meros regulamentos, jamais poderiam produzir contenções à liberdade das pessoas físicas ou jurídicas. Por isto mesmo, o art. 84, III, da Lei Magna define sua compostura como a de mero ato subalterno às leis, ao estatuir que ao Chefe do Poder Executivo compete: "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

E conclui:

"Donde, pois, o que assiste aos regulamentos entre nós é prover ao necessário para fiel execução das leis.
Tem-se, então, que o Texto Constitucional do País, prevendo unicamente regulamentos executivos, caracterizou o regulamento, em nosso Direito, como ato não apenas subalterno à lei, mas como ato dela dependente." ("Regulamento — Limites — Proibição de Fumar em Restaurantes", in "Revista Trimestral de Direito Público". Celso Antônio Bandeira de Mello, 8/1994, p. 61/62).

3. À exigência posta aos órgãos administrativos de expedir normas regulamentares, o legislador norte-americano respondeu positivamente, outorgando-lhes competência para esse fim, mas sempre na forma da Lei, e este requisito como observa JAMES T. O'REILLY, condiciona o exame dessa questão:

"A very basic requirement in the analysis of every federal agency rule, is the discovery of the necessary connection between the regulation and a defined congressional grant of jurisdiction over the subject matter. As a first step in every judicial review of rulemaking, the agency's jurisdiction to issue the challenged rule should be evaluated." (in "Administrative Rulemaking: Structuring, Opposing, and Defending Federal Agency Regulations", James T. O'-Reilly, 1983, p. 305.)

O direito alemão segue a mesma linha, observado FORSTHOFF que, afetando tais normas regulamentares, direitos de terceiros, só podem eles ser expedidos se assim dispuser a Lei especialmente, mesmo que seja autônomo o órgão administrativo que vier a expedi-la:

"L'atribution du pouvoir réglementaire à une administration autonome exige toujours l'intervention de la loi, si le èglement statutaire porte atteinte à la liberté ou au droit de proprieté." (in "Traité de Droit Administratif Allemand", Ernst Forsthoff, 1969. p. 691).

Na Grã-Bretanha, onde o regime parlamentar é praticado em forma extrema, e a ordem jurídica é regida por uma constituição não escrita, a capacidade de órgãos do Executivo editar normas funda-se sobre os mesmos princípios verificados nos Estados Unidos e nos demais sistemas jurídicos europeus: a "legislação delegada" deve atender à forma da Lei, segundo CRAIG:

"A piece of delegated legislation may also be struck down because its substance infringes the parent Act or some other primary statute. This can occur in a number of ways. For example although we have no written constitution the courts do utilise certain constitutional principles when construing delegated legislation. An instrument which contravenes such principles will be declared void unless express statutory authority can be produced to justify the action.". (in "Administrative Law", Paul P. Craig, 1989, p. 186/187).

A mesma linha se observa no direito francês, como apontam DUHAMEL & MÉNY, particularizando-lhe a fonte jurisprudencial, e referindo-as expressamente às autoridades administrativas independentes, como são os novos órgãos reguladores[6]:

> *"Surtout, le législateur confère fréquemment un pouvoir réglementaire à tel ou tel ministre dans un domaine particulier. On s'est interrogé sur la conformité à la Constitution de telles habilitations législatives. Le Conseil constitutionnel les a admises, au sujet des autorités administratives indépendantes, dans une formule générale également applicable aux ministres à la double condition que ce pouvoir réglementaire spécial soit limité dans son champ d'application et son contenu et qu'il reste subordonné au pouvoir réglementaire général (décision du 18 septembre 1986).".* (*"Pouvoir Réglementaire"*, in "Dictionnaire Constitutionnel", ob. cit., p. 785).

A notável tarefa empreendida pelos países-membros da União Européia ao longo de quase meio século, de acomodar a experiência jurídica de seus países-membros em um Estatuto Básico, e a seguir sedimentá-la na jurisprudência de seu órgão judicial comunitário, permitiu que, em sua jurisdição, a delegação de poder regulamentar aos órgãos administrativos da União Européia fosse reconhecida. Nesse especialíssimo ordenamento jurídico, os princípios fundamentais da delegação de tais poderes a órgãos executivos seguiram o que se tem consolidado na doutrina de seus países-membros, como mostra JÜRGEN SCHWARZE:

> *"According to Article 20, paragraph 3 of the Basic Law, executive authority must be exercised in accordance with statute and law. (...)*
> *The primacy of statute is a term used to describe the superiority of the formal statutory source over all secondary sources of law (for instance, ordinances or regulations, articles of association or administrative guidelines). All acts which the administration performs under statute must be inreservedly to the whole of the administration. (...)*
> *Article 80, paragraph 1 of the Basic Law stipulates that rule-making authority is subject to statutory authorisation, and this authorisation must specify the content, the purpose and the extent of the delegated authority. Only in this context can the administration exercise a rule-making function.". (in "European Administrative Law"*, Jürgen Schwarze, 1992. p. 214 e 219).

O poder regulamentar dos órgãos administrativos, sendo a eles atribuídos em Lei, confere-lhes autoridade derivada, estritamente graduada nos limites da Lei; assim BONFIELD & ASIMOV:

6 Nem todos os órgãos reguladores, no modo atual da administração pública, são órgãos independentes, isto é, dotados de independência decisória.

"Administrative bodies do not have inherent authority. As a general proposition, the only authority they may legitimately exercise is that delegated to them by their respective enabling acts or by other legislation." (in "State and Federal Administrative Law", Arthur Earl Bonfield & Michael Asimow, 1989, p. 422).

Em conseqüência, a provisão legal para expedir normas regulamentares, conferida a órgãos administrativos em seu estatuto legal, ou mesmo em outra Lei — como se tem no código de processo administrativo norte-americano — não se constitui em fonte da competência a habilitar tais órgãos expedir, arbitrariamente, normas regulamentares: tendo estas a sua fonte na Lei, só nos limites desta poderá ser exercida. Não basta, portanto, haver provisão legal permitindo a tais órgãos expedir normas regulamentares para que estejam eles autorizados a expedi-las segundo critério e limite que fixem. Em uma palavra, o poder de expedir normas regulamentares não confere, reflexamente, poder ao órgão administrativo competente para as expedir discricionariamente.

"*Rulemaking procedure comes from the APA* (Administrative Procedure Act), *but rulemaking power comes from elsewhere, such as an agency's substantive statute. No rulemaking power comes from the existence of rulemaking procedure in and of itself.*" (O'Reilly. Ob. cit., p. 32).

Por essa razão, é de se rejeitar poder regulamentar que se queira desentranhar, arguindo-o implícito, em atribuição, de caráter geral, de poder regulamentar a um órgão administrativo. Diz SCHWARTZ:

"*Administrative legislation may be only quasi or sub-legislation since its provisions are subordinate to those enacted by the legislature. (...) In administrative law, the rootprinciple is that agencies are creatures of statute. They have no inherent or commom-law powers; they may exercise only those powers delegated to them by the legislature. The administrative agency possesses rulemaking authority because a statute has delegated such authority to it: 'The exercise of quasi-legislative authority by governmental departments and agencies must be rooted in a grant of such power by the Congress.' Whithout a statutory delegation, an agency does not have power to promulgate substantive rules and regulations. There are state cases the other way, holding that substantive rulemaking power may be implied from a general delegation of regulatory authority. They are contrary to the basic principle that an agency is a creature of statute, vested only with those powers conferred upon it by the legislature.*" (in "Administrative Law", Bernard Schwartz, 1991, p. 169-170).

A norma regulamentar inorbita a Lei, daí dizer-se ser uma norma infra-legal, característica que FRANCISCO CAMPOS resume:

"*À lei cabe, assim, não somente uma reserva de domínio específico, como uma preferência em relação as formas preceptivas secundárias ou derivadas, como o regulamento. Isto significa que a disposição regulamentar, que o regulamento não pode ir além da lei ou contra esta e que, finalmente, na esfera reservada à lei, o poder regulamentar não pode intervir, a nenhum pretexto, seja para*

completar a disposição legal, seja para regular matéria sobre a qual a lei não dispõe." ("Lei e Regulamento" in "Revista Forense — Pareceres", Francisco Campos, mar/.abr. 1953, p. 75).

A subordinação de uma norma regulamentar aos termos da Lei é integral; esta encontra o seu âmbito no interior da Lei, ou na fração deste âmbito que a Lei lhe reservar. Se a Lei não indicar quais as matérias que podem fazer objeto de normas reguladoras, ou não excluir as matérias além daquelas que indicou, a matéria delas será a matéria da Lei, não podendo, em qualquer hipótese, as normas regulamentares alterarem, acrescendo-as ou suprimindo-as, as disposições da Lei; podem apenas particularizá-las, explicitá-las. Quer dizer, às normas regulamentares é permitido somente desdobrar as disposições da Lei objetivando-as. Como mostra SAN TIAGO DANTAS:

"*Sempre que um órgão administrativo, autárquico ou não, expede um regulamento sobre matéria já disciplinada em lei, depara-se-nos o problema da perfeita adequação do regulamento ao texto da lei. E isso porque, sendo o regulamento uma simples particularização ou desenvolvimento da lei, a cujo espírito deve incondicional obediência, será ilegal, e portanto inaplicável, a disposição regulamentar que se puser em oposição ao comando do legislador, seja por contradizê-lo, seja por alargar ou reduzir o âmbito de suas palavras*". *(in "Problemas de Direito Positivo — Estudos e Pareceres"*, San Tiago Dantas, 1953, p. 207).

Não é tampouco permitido ao órgão administrativo, sob o pretexto de insuficiência da norma legal, emendá-la por meio de norma regulamentar, para suprir-lhe lacuna; mesmo se indiscutível a existência dessa não é competente o órgão para aditar a Lei: repele a ordem jurídica a conversão de órgão administrativo em órgão legislador supletivo, elaborador incidental de norma legal; deve o órgão administrativo circunscrever-se à elaboração de normas infra-legais:

"*No exercício do poder regulamentar, a administração não pode, portanto, sob pretexto de lacunas na lei a ser executada, dispor em relação ao seu objeto com a mesma amplitude e a mesma liberdade com que em relação a ele poderia dispor o Poder Legislativo, ainda que se limite à criação de meios e instrumentos, destinados à realização de uma finalidade, que a lei se cinge a formular em termos vagos e gerais.*" (Francisco Campos. Ob. cit., p. 71.)

Não basta a outorga da competência ao órgão administrativo para expedir normas, e o processo de o fazer achar-se definido em Lei. A natureza subordinada da norma regulamentar aos termos da Lei, expedida à conta de um poder "quase legislativo", exige-lhe atender não apenas no que dispõe a Lei, mas também atender aos princípios gerais da administração pública. Diz CRAIG:

"Subordinate legislation will in addition be subject to many of the substantive checks which apply to administrative action in general." (Ob. cit., p. 187).

Quer dizer, à subordinação à Lei, ao seu âmbito, não basta a atestar a juridicidade da norma regulamentar; ela deve atender, igualmente, aos princípios específicos regentes da administração pública, uma vez que é expedida por órgão desta para o fim exclusivo de atender à necessidade por esse órgão sentida no exercício de suas funções.

A subordinação das normas regulamentares aos termos da Lei, ao seu âmbito, aos princípios gerais a reger a administração pública, acentuam-lhes uma função auxiliar, de desdobrar objetivamente o comando da própria Lei, de ativá-la. A jurisprudência francesa assim vê a função de tais normas:

> "*La première question que pose l'attribution d'un pouvoir réglementaire est celle de sa délimitation par rapport aux compétences du législateur. Le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence interprète de façon large la compétence du législateur; il tend à la préserver en donnant des interprétations des lois empêchant une déviation du pouvoir réglementaire vers autre chose que la seule mise en oeuvre de la loi.*" *(in "Les autorités administratives indépendantes"*, Marie-José Guédon, 1991, p. 100).

O Conselho de Estado francês, órgão ao qual cabe decidir em última instância questões suscitadas da aplicação das normas legais no âmbito da administração pública, ao estender o poder regulamentar às autoridades administrativas independentes, fixou-lhe os termos aplicáveis aos demais órgãos do poder executivo, como mostra MICHEL GENTOT, conselheiro de estado e presidente de uma autoridade administrativa independente daquele país, a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos:

> *"C'est précisément à l'occasion de l'examen de la loi instituant la CNCL que le Conseil Constitutionnle, saisi par les parlementaires de l'opposition de l'époque, estima que l'article 21* (da Constituição Francesa) *ne faisait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de domaine l'État autre que le Premier ministre "le soin de fixer, dans un déterminée et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en oeuvre la loi". Le pouvoir ainsi reconnu aux "autorités de l'État autres que le Premier ministre", c'est-à-dire aux ministres et aux autorités administratives indépendantes, est un pouvoir réglementaire spécial et cantonné à la mise en oeuvre de la loi, qui doit respecter non seulement les lois mais aussi les règlements.* (in *"Les Autorités Administratives Indépendantes"*, Michel Gentot, Paris, 1994, p. 74/75).

O poder regulamentar, estendido às autoridades administrativas independentes pelos tribunais franceses, deve-se limitar a "ativar a Lei". Forma-se, portanto, do conjunto das normas expedidas por tais órgãos, uma ordenação infra-legal entre si articulada, e cujas regras têm seu campo de atuação inscrito na esfera das normas legais, das matérias destas que lhe fazem objeto.

A jurisprudência francesa aprofunda a análise do limite que as normas regulamentares devem guardar, enfatizando ser o conteúdo dessas normas o elemento definidor de tal limite:

"*...le pouvoir réglementaire attribué doit être limité à la fois dans son champ d'application et dans son contenu. En 1986, le Conseil constitutionnel ne faisait état que d'un "domaine déterminé", mais dans sa décision de 1989 il se montre beaucoup plus précis et strict: l'habilitation donnée par le législateur ne peut concerner "que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leus contenu". (in "Les autorités administratives indépendantes"*, Marie-José Guédon, Paris, 1991, p. 101).

A subordinação hierárquica da norma regulamentar não se expressa apenas pela atenção ao âmbito da norma legal em que se deve conter; a norma regulamentar deve, também, atender à mesma finalidade designada pelo legislador à norma legal à qual a norma regulamentar refere. Ainda a jurisprudência francesa:

"*Le pouvoir réglementaire délégué à l'organisme n'est toutefois pas sans limites. La légalité des réglements pris par l'organisme délégataire est en effet subordonnée à deux conditions de fond qui sont rappelées par l'avis du 17 mai 1979. En premier lieu, l'organisme titulaire de la délégation ne peut prendre que des réglementis nécessaires pour atteindre les buts qui lui sont fixés. (...) En second lieu, le pouvoir réglementaire délégué à l'organisme est enserré dans une limite générale qui tient au respect des normes établies par les actes juridiques de niveau supérieur, et du domaine réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution.*" *(in "Les grands avis du Conseil d'État"*, Yves Gaudemet, Bernard Stirn & Thierry Dal Farra. Paris, 1997, pp. 157-158).

E no mesmo sentido, a doutrina inglesa, acrescendo que o desvio de finalidade da norma regulamentar expedida dá causa à sua declaração de nulidade:

"Powers are granted for certain purposes. If it could be shown that subordinate legislation was being used for purposes other than those intended by the parent Act, it would be declared void." (in "Administrative Law", Paul P. Craig, 1989, p. 187).

A norma regulamentar deve atender ao âmbito da Lei a que refere, seja quanto ao seu conteúdo, seja quanto ao campo de sua aplicação, seja quanto à sua finalidade. A extravasão da esfera legal não pode ocorrer sob pretexto algum, mesmo que invoque o órgão administrativo insuficiência da norma legal, a sua lacuna: fulmina a norma regulamentar o desrespeito à Lei, e aditá-la, por norma regulamentar é, igualmente, desrespeito à Lei. E não poderia ser por outra forma; admitida a discricionariedade, aberta aos órgãos administrativos, o poder regulamentar a estes estendido converter-se-ia em um poder legislativo paralelo, a gerar normas a afetar direitos de terceiros, em clara violação à ordem legal constituída.

"*É consubstancial aos regimes constitucionais, particularmente ao nosso, — de Constituição escrita e rígida, — um domínio indubitavelmente reservado à legislação no sentido estrito ou formal, ou à competência do Poder Legislativo.*

Em tais regimes, por maior a amplitude que se queira atribuir ao poder regulamentar da administração, esse poder não está apenas adscrito a operar 'intra legem' e 'secundum legem', mas não poderá, em caso algum e sob qualquer pretexto, ainda que lhe pareça adequado à realização da finalidade visada pela lei, editar preceitos que envolvem limitações aos direitos individuais." (Francisco Campos *in "Lei e Regulamento"*, Revista Forense, mar/abr., 1953, p. 72). (grifo no original).

Não pode órgão administrativo concorrer com o poder legislativo, em mesmo plano; mesmo sendo outorgado àquele poder normativo, tais normas são secundárias àquelas legais, e não apenas no plano formal, senão quanto ao seu conteúdo. As normas regulamentares, infra-legais, exibem, portanto, uma incindível relação de secundariedade, de forma e conteúdo, em relação à norma legal; rompida pela norma regulamentar extravasora esta relação, têm-se afetada a ordem democrática de representação dos interesses do cidadão, como mostra a doutrina italiana:

"*(...) in ogni materia, insomma, il Parlamento — espressione del popolo sovrano — deve parlare per primo: la secondarietá del regolamento sul piano formale non é che l' espressione della sua secondarietá sul piano dei contenuti (106).*
La legalitá viene dunque ad assumere un valore sostanziale; le scelte fondamentali, l' indididuazione degli interessi da realizzare (e la prioritá tra i medesimi) non possono essere dell' apparato amministrativo, ma del legislatore. Il primo deve muoversi in una cornice giá prefigurata che é — o dovrebbe essere, nel funzionamento fisiologico del sistema — la traduzione dell' indirizzo politico do maggioranza. Lo stresso potere regolamentare deve trovarsi condizionato almeno dalle indicazioni di fondo e muoversi, appunto, in conformitá della legge i cui princípi deve rispettare e alle cui opzioni deve attenersi." (*"Regolamento"*, Lorenza Carlassare. *in* Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXIX, Giuffré Editore, 1988. p. 622)

Não cabe, portanto, senão ao Legislativo a definição, em normas legais próprias, do interesse do cidadão; o poder executivo, por meio do "aparato administrativo", não pode, sob qualquer pretexto, assumir tal papel; cabe-lhe o papel prefigurado, de, autorizado em Lei, nos limites desta expedir normas regulamentares.

A norma regulamentar que desatenda ao âmbito, ao limite em que se deve conter, viola a ordem jurídica, e portanto deve ter a sua ilegalidade declarada, como o fez o Conselho Constitucional francês:

"*En d'autres termes il s'agit d'un pouvoir limité et subordonné, ce qui a conduit le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 18 septembre 1986 à déclarer inconstitutionnelle une disposition subordonnant le pouvoir réglementaire exercé par décret en Conseil d'État à des règles générales posées par la CNCL. De même le Conseil d'État statuant au contentieux a montré son souci d'assurer un strict contrôle des compétences ainsi déléguées à la CNCL en annulant une*

"note de terminologie", définissant certains termes, et notamment la notion d'oeuvre audiovisuelle.
Avec la décision du 17 janvier 1989 relative à la loi sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil Constitutionnel a marqué de manière précise et restrictive le cadre dans lequel pouvait s'exercer le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Se saisissant d'office du problème posé par la constitutionnalité de dispositions confiant au CSA la compétence pour fixer les règles concernant la publicité, la communication institutionnelle et le parrainage, le Conseil Constitutionnel a confirmé qu'une autorité indépendant de l'État pouvait être habilitée par le législateur à fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, mais a ajouté que cette habilitation ne devait concerner que "des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu". (in "Les Autorités Administratives Indépendantes", Michel Gentot, 1994, p. 75).

Quer dizer, não pode a norma regulamentar acrescentar, ainda que a pretexto de redefinir um conceito ou noção de matéria que a Lei discipline. Por essa razão, escreveu PONTES DE MIRANDA:

"*Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da Lei, é 'nula', por ser contrária à Lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico*". *(in "Comentários à Constituição de 1967"*, Pontes de Miranda, 1987, p. 316/317) (grifamos)

Em mesma ordem, não pode a norma infra-legal ser expedida para interpretar a norma legal.

"*A pretexto de facilitar a execução da lei, não pode, entretanto, o regulamento pretender fixar-lhe a interpretação de maneira conclusiva. Semelhante intuito não poderia jamais obrigar o poder judiciário, que é o intérprete autorizado da lei, no julgamento dos casos concretos que lhe são submetidos. O regulamento interpretativo valerá, pois, como subsídio doutrinário valioso e qualificado, mas não terá força obrigatória nem para os particulares, que poderão recorrer às vias judiciais, nem para os juízes, que poderão deixar de aplicá-lo por entenderem que contraria disposição legal vigente.*
A interpretação da lei só é obrigatória, quando autêntica, isto é, quando feita por outra Lei. Mesmo assim, muitos autores entendem que o caso não é de interpretação, mas de formulação de regra nova, mais explícita, que se aplica obrigatoriamente, não por ser interpretativa, mas precisamente por ter força de lei formal." (Victor Nunes Leal *in Problemas de Direito Público* e outros problemas. Vol. 1, 1999. p.75)

RIBAS, três quartos de século antes, reclamava a este ponto entendimento ainda mais estrito:

"*Que o governo imperial, como qualquer autoridade administrativa ou judiciaria, executora da lei, tem o direito de interpreta-la para si, isto é, para saber como deve executa-la, não póde haver duvida. Mas esta é a interpretação doutrinal, que investiga o verdadeiro sentido da lei, segundo as regras da hermeneutica, e que não tem outra autoridade que não seja a força moral da doutrina ou do raciocínio em que se funda. Mas qual seja com certeza o verdadeiro sentido da lei só póde dizê-lo o poder que lhe deu existencia:*" *(in "Direito Administrativo Brasileiro"*. Dr. Antonio Joaquim Ribas, RJ, 1866. p. 233)

Sendo os órgãos reguladores aplicadores da Lei, cabe-lhes aplicá-las aos casos concretos, para dirimir as questões que lhe são postas. Em suas decisões buscarão o sentido da Lei, para referi-la ao caso concreto, e tais decisões terão a força da "doutrina e do raciocínio" que contiverem. Portanto, não podem tais órgãos preferir, à aplicação da Lei, a expedição de normas regulamentares para atender a questões específicas, pretextando com elas interpretar a Lei, e assim solver questões concretas. Não podem órgãos administrativos buscar dirimir questões, que lhe sejam postas no âmbito de sua jurisdição, pela expedição de normas infra-legais: à solução dessas questões acham-se obrigadas a aplicar a Lei — a decidi-las pela aplicação da regra legal ao caso concreto que lhe reclame solução.

Normas regulamentares que extravasem o limite em que se devem conter ofendem a integridade do ordenamento jurídico por nele introduzir contradição entre as regras que o formam; por essa razão, o excesso contido na norma regulamentar deve ser podado:

"*Se foi baixado dentro desses limites, o regulamento é válido; se os excedeu, não é aplicável nas disposições que os transpuseram. Também se consideram limites as demais cláusulas da mesma lei que confere a autorização, dada a exigência de que a lei e o regulamento formem um corpo sistemático, sem contradições intrínsecas.*" *(in "Problemas de Direito Público e outros problemas"*. Vol. 1, Victor Nunes Leal, 1999. p. 390)

Os órgãos aos quais são atribuídos poder regulamentar são órgãos criados pelo poder legislativo para desempenhar funções específicas disciplinadas em leis especiais — não são órgãos criados pelo poder executivo, de cujo aparato legal, já definido, extraiam competência e o dever de subordinação. Aprofundando a vinculação do poder regulamentar dos órgãos administrativos à Lei, na determinação da legalidade de seus atos e normas, SCHWARTZ, considerando tais características, observa:

"*An "agency... is a creature of the legislature". As a corporation is to its charter, the administrative agency is to its enabling legislation. This means that the basic doctrine of administrative law, as of corporation law, is the doctrine of ultra vires. The jurisdictional principle is the root principle of administrative power. The statute is the source of agency authority as well as of its limits. If*

an agency acts is within the statutory limits (or vires), its action is valid; if it is outside them (or ultra vires), it is invalid." (in "Administrative Law", Bernard Schwartz, 1991, p. 171).

O princípio da vinculação à Lei, sendo um princípio inamovível a dominar o direito administrativo, não necessita estar explicitado na norma especial que confira ao órgão administrativo poder regulamentar: é princípio implícito, ao qual os titulares do órgão não podem ignorar. Vale dizer, lei especial, que cria órgão administrativo competente para expedir normas regulamentares, não necessita trazer dispositivo que relembre a natureza e o limite desse poder. Nesse sentido, tribunal federal norte-americano entendeu abusiva norma regulamentar, mesmo no silêncio de lei especial quanto aos limites desse poder:

"*The application of ultra vires to rulemaking is illustrated by a federal case involving a regulation of the Secretary of the Interior governing payments in lieu of taxes to local governments with tax-exempt federal lands within their boundaries. The statute required the secretary to make payments to each unit of local government in which such lands were located. The secretary issued a regulation that determined that counties were the only units of local government eligible to receive the federal funds. Townships that were denied funds brought suit and the court held the regulation invalid. The statute provided expressly that when two units of local government exercised jurisdiction over entitlement lands, the smaller unit was to receive payment for lands within its boundaries. The secretary could not create a rule that subverted the legislative policy of favoring smaller "units." The secretary's object could be accomplished only by an amendment of the statute; that is not the office of an agency regulation. (...)*". (ob. cit., p. 172).

A declaração de ilegalidade da norma regulamentar não se assenta apenas no desrespeito que revele em suas regras, à norma legal a que refira e se subordine. Para que isso não ocorra, é necessário que a norma regulamentar seja, além de subordinada e consistente com norma legal, razoável, e exiba, claramente, a relação entre os fatos que lhe requereram a expedição e a pertinência de seu comando. É preciso que a matéria factual, que faz objeto de norma regulamentar, relacione-se àquela que já se tem por objeto da norma legal. A norma regulamentar deve ser identificada à norma legal pelo objeto de que tratem suas regras; norma regulamentar não pode disciplinar matéria que a Lei antes não tratou. Assim, o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos:

"*But agencies are not given carte blanche authority to promulgate any rule they wish within the area of their delegated power. Even a rule that deals with the subject matter within the agency's delegated authority may be invalid if it is arbitrary or unreasonable; "not only must a regulation, in order to be valid, be consistent with the statute, but it must be reasonable." There must be a rational connection between the facts found and the choice made; The Supreme Court has called this an axiom of administrative law."* (ob. cit., p.172.).

BANDEIRA DE MELLO vincula a estrita atenção da norma regulamentar à Lei ao cerne do ordenamento jurídico, advertindo:

> *"Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade. A regra geral contida no art. 68 da Carta Magna, da qual é procedente inferir vedação a delegação ostensiva ou disfarçada de poderes legislativos ao Executivo, incide e com maior evidência quando a delegação se faz em prol de entidades ou órgãos administrativos sediados em posição jurídica inferior à do Presidente e que se vão manifestar, portanto, mediante atos de qualificação menor. Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos ou restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções."* (*in "Curso de Direito Administrativo"*, 1997, p. 223/4).

A expedição de normas regulamentares extravasoras, desatentas aos limites impostos pela sua filiação legal, agride a ordem jurídica frontalmente. Por essa razão, incumbe aos titulares de tais órgãos administrativos o dever de pessoalmente zelar pela estrita observância dos limites do poder regulamentar dos órgãos que dirigem, como mostra CARLOS ARI SUNDFELD:

> *"A Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela. Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é da lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade — existente somente para os indivíduos considerados como tais –, mas de competências, hauridas e limitadas na lei."* (*in "Fundamentos de Direito Público"*, 1998, p. 148).

4. A ação dos órgãos administrativos, das novas agências reguladoras com que se pretende renovar a guarda do interesse público na ordem econômica e social do país, só pode ser promovida, até às suas menores ações, observados os termos da Lei. O poder regulamentar a eles atribuídos, e que exercem com notável volúpia em forma de resoluções, regimentos, instruções, portarias, etc, deve igualmente guardar estritamente os limites da Lei que referem. Não podem tais órgãos, com as normas regulamentares que expeçam, alterar, sob qualquer forma ou em qualquer medida, a Lei, acrescê-la, suprimi-la ou aditá-la, desatender à sua finalidade, alterar suas definições, conceitos ou noções, ou ainda interpretar-lhe as regras, ou, ainda, versar-lhe matéria distinta. O propósito das normas regulamentares é desdobrar, para a explicitar, a Lei, visando especializar a sua aplicação a situações, cuja particularidade

escape à norma legal; não é a norma regulamentar meio de adaptação da norma legal a uma dada situação fáctica, senão o contrário, a identificação desta situação fáctica ao comando jurídico já definido, com maior generalidade, na Lei.

A norma regulamentar extravasora ofende à ordem jurídica; e subverte o órgão administrativo em legislador paralelo, deformando-lhe a função precípua de aplicador da Lei.

Sensíveis a esses riscos, que percebiam ainda no Império, RIBAS e PIMENTA BUENO procuraram contê-los, advertindo o primeiro:

> "*(...) e assim também que os regulamentos se devem limitar a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, para o fim de facilitar a execução das leis, mas não devem estabelecer princípios novos, porque a fonte primaria da obrigação é a lei (Const. art. 179 § 1°). Expedir regulamento, cujas disposições impeçam alguém de fazer o que a lei permite, ou obriguem a fazer o que não manda, é violar os direitos individuais do cidadão, definidos pelo art. 179 da Constituição; e portanto o ministro que referendar semelhante regulamento cometerá o crime de responsabilidade, previsto pelo art. 5° da lei de 15 de Outubro de 1827, e a autoridade inferior que o executar ou o expedir incorrerá nas penas do art. 180 do Código. Criminal.*". *(in "Direito Administrativo Brasileiro"*. Dr. Antonio Joaquim Ribas, RJ, 1866. p. 229-230)

E o segundo:

> "*Os regulamentos são pois atos do poder executivo, disposições gerais revestidas de certas formas mandadas observar por decreto imperial, que determinarão os detalhes, os meios, as providências necessárias para que as leis tenham fácil execução em toda a extensão do Estado. São instruções metódicas circunscritas, e não arbitrárias, que não podem contrariar o texto, nem as deduções lógicas da lei, que devem proceder de acordo com os seus preceitos e conseqüências, que não tem por fim senão empregar os expedientes acidentais e variáveis, precisos para remover as dificuldades e facilitar a observância das normas legais.*" *(in "Direito Público Brasileiro"*, 1857, § 325, p. 236)

Quase um século e meio depois, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ratificando a melhor doutrina e atento aos mesmos riscos, reafirmou o limite do poder regulamentar atribuído a órgão da administração pública, a órgão regulador:

> "*a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado...*". *("Ação Direta de Inconstitucionalidade — 1668-50", in* "Diário de Justiça", de 31 de agosto de 1998)

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio — *Revista Trimestral de Direito Público.* 8/1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio — *Curso de Direito Administrativo.* 1997.

BRAGA, Odilon — *"Serviços Públicos Concedidos". in* Revista de Direito Administrativo — *Seleção Histórica.* s/d.

BONFIELD, Arthur Earl & ASIMOW, Michael. — *State and Federal Administrative Law.* 1989.

BUENO, Pimenta — *Direito Público Brasileiro.* 1857.

CARLASSARE, Lorenza. *"Regolamento" in* Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXIX, Giuffré Editore, 1988.

CAMPOS, Francisco — *"Lei e Regulamento" in* Revista Forense — Pareceres. mar/abr. 1953.

CRAIG, Paul P. — *Administrative Law.* 1989.

DANTAS, San Tiago — *Problemas de Direito Positivo — Estudos e Pareceres.* 1953.

DUHAMEL, Olivier e Mény, Yves — *Dictionnaire Constitutionnel.* Paris. 1992.

DUTRA, Pedro. *"Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicaçõ-es" in* Revista do IBRAC. vol. 4-3, 1997.

FORSTHOFF, Ernst — *Traité de Droit Administratif Allemand.* 1969.

GAUDEMET, Yves, STIRN, Bernard & DAL FARRA, Thierry — *Les grands avis du Conseil d'État.* Paris, 1997.

GENTOT, Michel — *Les Autorités Administatives Indépendantes.* Paris. 1994.

GUÉDON, Marie-José — *Les Autorités Administratives Indépendantes.* 1991.

LEAL, Victor Nunes — *Revista de Direito Administrativo.* 1945.

MIRANDA, Pontes de — *Comentários à Constituição de 1967.* 1987.

O'REILLY, Janes T. — *Administrative Rulemaking: Structuring, Opposing, and Defending Federal Agency Regulations.* 1983.

PINTO, Bilac — *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública.* 1941.

RIBAS, Antonio Joaquim — *Direito Administrativo Brasileiro.* 1866.

SCHWARTZ, Bernard — *Administrative Law.* 1991.

SCHWARZE, Jürgen — *European Administrative Law.* 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari — *Fundamentos de Direito Público.* 1998.

TÁCITO, CAIO — *"As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar" in* Temas de Direito Público. 1997.

VIANNA, Oliveira — *Problemas de Direito Corporativo.* Rio de Janeiro. 1938.