A DELEGAÇÃO DE PODÊRES

PINTO FERREIRA
(Da Universidade do Recife)

1. *As Delegações de Podêres.* — A Constituição federal brasileira de 1946, em seu texto primitivo, vedou as delegações. Nesse caso se incluem não sòmente as delegações legislativas, como as delegações jurisdicionais. É êste aliás um dos pontos mais importantes e decisivos do moderno constitucionalismo, que tem sido amplamente debatido pela ciência política e pelo direito público.

O conceito genérico é o de delegação de atribuições. Tal conceito abrange a delegação legislativa e a delegação jurisdicional, como espécies do gênero mais amplo. Delegação é a atribuição temporária e excepcional que um órgão do poder faz a outro poder de uma função que lhe é específica e própria. É assim a transferência de funções próprias e especiais de um poder constitucional a outro. (1)

A palavra delegação é usada no vocabulário do direito público. Os italianos falam de *delegazione* e de *delegazione legislativa,* os franceses usam da expressão *delegation de puissance legislative,* os alemães conhecem os

1) VIRGA, Diritto Costituzionale, Palermo, 1953, pág. 373: "Si intende per delegazione il conferiment temporaneo ed eccezinale che un organi faccia an un altro o gano della potestà ad esso spettant". Vide também: SCHWAMMERGER, Die Delegation von Zustaendigkeiten, Stuttgart, 1931 e TRIEPEL, Delegation und Mandat im oeffentlichen Recht, Stuttgart, u. Berlin, 1942.

têrmos *gesetzegeberische Ermaechtigung* e os norte-americanos popularizaram a palavra *legislative delegation*. (2)

Como se disse, há dois tipos de delegação, a delegação legislativa e a delegação jurisdicional. Com a delegação legislativa o Congresso ou o Parlamento conferem ao poder executivo a competência para editar atos materialmente legislativos, tendo a eficácia das leis formais. (3) Através da delegação jurisdicional se confere a outorga de podêres jurisdicionais a entidades ou agências administrativas.

Em estudo publicado a respeito da *Delegação de Poderes,* ELEONOR BONTECOU refere-se a que o problema se levantou com a discussão do direito dos juízes ou tribunais de delegar seus podêres à instância administrativa, ou dos agentes políticos do poder executivo atuando através de uma subdelegação, o das legislaturas outorgando podêres legislativos aos agentes executivos, às unidades do govêrno local e à decisão pelo referendum.

A discussão sôbre o problema procede da máxima *delegatus non potest delegare,* proveniente dos glosadores, introduzida no direito britânico através de BRACTON (m. 1268), definitivamente estabelecida por COKE (1552-1634), eminente jurista inglês, através de decisões proibindo a delegação do poder judicial, e depois reputada como princípio básico do govêrno livre tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. (4)

---

2) Vide a propósito: CROSA, La dottrina della elegazione di potestà legislativa materiale nel dritto italiano, francese, germanico *in* Riv. dir. pubbli., 1927, I, pág. 191. — WEYR, La question de la délégation de puissance legislative, in Revue Int. Th. du Droit, 1927, pág. 83. — SCHMITT, Vergleichender Ueberclik ueber die neuste Entwicklung des Probem der gesetzeberischen Ermaechtigung (Legislative Delegation), *in* Zeitsch. fuer aus. oeff. Recht u. Voelkerrecht, 1937, pág. 253.

3) VIRGA, o.c., pág. 374: "Con la delegazione legislativi il Parlamento conferisce al Gabinettola compentenza ad emanare atti materialmente legislativi, aveni l'efficacia della legge formale."

4) ELEANOR BONTECOU, Delegation of Powers, in Encyclopaedia of the Social Sciences, V. pág. 66.

A proibição das delegações é tida como uma conseqüência do princípio da separação de podêres, porém hoje em dia a vida política, procurando quebrar a rigidez ortodoxa do aludido princípio, tende a criar processos e técnicas quebrando esta ortodoxia, em proveito de uma solução mais adequada à eficiência do Estado contemporâneo.

Se o princípio da separação de podêres é uma técnica amparando as liberdades políticas e a própria liberdade do cidadão, no entanto os graves problemas do mundo contemporâneo estão exigindo uma solução mais adequada do assunto através de medidas mais plásticas e mobilizadoras, regulando a intervenção do Estado em face das prementes solicitações da vida econômica. Fala-se mesmo em uma crise do princípio da separação de podêres, crise que se objetiva especialmente através das delegações, sejam estas as delegações legislativas ou as delegações jurisdicionais.

2. *As delegações jurisdicionais e as delegações legislativas como conseqüências do crescimento da atividade governamental*. — A prática sucessiva das delegações, em seus diversos tipos, é uma decorrência da própria complexidade do Estado moderno. Êste precisa agir pronta e seguramente a fim de atender aos reclamos da opinião pública, superando o formalismo tanto legislativo como forense. A fórmula salvadora foi a delegação, praticada mesmo quando em alguns casos está proibida pela lei ou pela Constituição. Por isso os jurisconsultos precisam buscar fórmulas mais eficientes, flexibilizando o direito para ajustá-lo à realidade da vida contemporânea.

FREDERICK JOHN PORT em seu Direito Administrativo (5) mostrou como o princípio da delegação de funções legislativas jurisdicionais foi se ampliando lentamente no mundo contemporâneo: "O crescimento da atividade

5) FREDERICK JOHN PORT, Administrative Law London, 1929, págs. 257/258.

de governamental que na Inglaterra possibilitou, se não impôs, a delegação de podêres legislativos e jurisdicionais a órgãos administrativos, foi igualmente importante nos Estados Unidos. Mas o pêso da doutrina (da separação de podêres) serviu para refrear, até certo ponto, a livre delegação daqueles podêres. Cada passo no sentido dessa evolução tem sido embargado e muito embora a doutrina se tenha mostrado mais fraca do que as necessidades prementes da legislação reguladora, não surgiu ainda um movimento geral favorável ao novo estado de coisas, como sucedeu na Inglaterra. Cada norma legal concedendo aos órgãos administrativos podêres possíveis, *prima facie,* de ser considerados como legislativos ou jurisdicionais, tem sido vigorosamente combatido perante os tribunais, no terreno da constitucionalidade. Nada obstante, tais delegações se tornaram tão correntes, que a matéria pode ser tratada da mesma forma que no direito inglês. Além do enorme aumento das atividades administrativas puras e simples, existem nos Estados Unidos podêres legislativos e jurisdicionais nas mãos de órgãos administrativos, e a teoria da separação dos podêres deve considerar-se "muito desfigurada e mutilada pelas exigências do progresso social e político"... Entretanto, os aspectos do direito administrativo que mais cuidadoso exame exigem são os concernentes às (*a*) funções legislativas delegadas e às (*b*) funções jurisdicionais atribuídas à Administração. A ocorrência de delegações de funções legislativas e jurisdicionais demonstra que as proibições contidas na Constituição dos Estados Unidos estão longe de ser de fato absolutas; que sua rigidez é mais uma questão de grau, e que, à luz da história constitucional, nestes últimos 50 anos, sua flexibilidade tem aumentado consideràvelmente. Não podemos encontrar melhor exemplo para ilustrar a afirmativa de que a Constituição, por mais rígida que seus elaboradores tentem fazê-la, não é um conjunto inalterável de regras definitivas, mas sim, um instrumento amoldável, que sem dúvida sofrerá alterações para vir ao encontro das novas necessidades que o progresso engendra.

No século XX sobretudo esta sistemática se ampliou e passou a ter os seus primeiros grandes teóricos e defensores. A administração ampliou os seus podêres no tocante ao campo das funções regulamentares e jurisdicionais. Há cêrca de 25 anos FREDERICK BACHLY e M. E. OATMAN publicaram a obra *Legislação Administrativa e Adjudicação,* representando dez anos de estudos no domínio da administração norte-americana e estrangeira, acentuando o aspecto econômico-social do Estado. Êste não se poderia mais conceituar na base de um Estado tendo em vista sòmente a administração da justiça e a defesa da sociedade manietada através do seu poder de polícia, porém funções mais amplas de influência na sociedade. Declaravam os precitados autores :

"O século XX presenciou notável desenvolvimento nas atividades legislativas e jurisdicionais da Administração. Com freqüência cada vez maior, tem-se permitido, ou mesmo exigido, que as autoridades administrativas expeçam normas gerais ou regulamentares. Essa atividade constitui "legislação administrativa", visto que essa espécie de regulamentação se torna, para todos os fins práticos, parte integrante do próprio direito positivo. Mais freqüentemente ainda, têm estas autoridades de resolver questões concernentes a certos direitos. Quando a atividade administrativa em tal caso dá margem a controvérsia dirimível por autoridade administrativa, com competência jurisdicional, essa decisão é realmente judicial por natureza. Ainda que se considere como teòricamente estabelecida uma rígida separação dos podêres, a fôrça da necessidade tem sido excessivamente potente na resistência às limitações dessa regra. Os mais ortodoxos doutrinadores foram levados a admitir a existência de funções que denominaram de "quase-legislativas" ou de "quase-jurisdicionais", desempenhadas como parte da atividade administrativa. Atualmente, nos Estados Unidos, as regulamentações e as decisões emanadas de autoridades administrativas são tão numerosas, tão importantes e de

tão largo alcance, que a vida particular de cada cidadão está sob a sua influência. A legislação e a jurisdição administrativas tornaram-se características significativas das funções governamentais.

As razões dêste importante desenvolvimento na administração pública são, ao mesmo tempo, quantitativas e qualitativas. Durante a geração passada, o Estado assumiu diversas funções novas e, por conseqüência, teve necessidade de criar inúmeras normas e regulamentações, e de proferir numerosas decisões. Tão diferentes das atividades tradicionais do Govêrno se apresentavam essas funções que se tornou imperiosa a criação de novos métodos de trabalho.

Sob o forte influxo das novas condições provocadas em grande parte pelo progresso mecânico e tecnológico, o Estado moderno deixou ràpidamente de se assemelhar à antiga organização política, que tinha por funções precípuas a defesa, a administração de justiça e o exercício de um poder de polícia limitado. Hoje, o Estado atua também como médico, enfermeiro, professor, organizador de seguros, construtor de casas, engenheiro sanitário, químico, superintendente de ferrovias, fornecedor de gás, água e eletricidade, urbanizador, distribuidor de pensões, fornecedor de transportes, organizador de hospitais, construtor de estradas, assim como desempenha inúmeras outras atividades. Êle regula, cada vez mais minuciosamente, as relações cotidianas da comunidade, i.é., os bancos, companhias de seguros, de crédito imobiliário, de investimentos, as linhas de ônibus, companhias de fôrça e luz, telefone, telégrafo, radiodifusão, radiotelegrafia, energia hidráulica e muitas outras emprêsas e empreendimentos.

Premidos pela crise que recentemente afligiu o sistema econômico mundial, muitos Estados, entre êles o nosso Govêrno federal, foram obrigados a exercer severo contrôle sôbre a concorrência estrangeira, a produção e distribuição agrícolas, a produção e distribuição de maté-

rias-primas como o carvão e o petróleo, a proteção e o aproveitamento de florestas e outros empreendimentos econômicos de importância fundamental. Para evitar os males resultantes de concorrência interna ruinosa, da superprodução e do subconsumo, o Congresso e a Administração nacionais se viram compelidos a controlar as fábricas, estabelecendo (e, tanto quanto possível, impondo) horário máximo de trabalho, salário mínimo, proibição de práticas desleais etc. Em relação à distribuição de mercadorias e serviços, exerceu-se tipo semelhante de contrôle.

O fornecimento de moeda e de crédito tornou-se importante tarefa do govêrno. Em aditamento à sua função de autoridade controladora da moeda em circulação, o govêrno foi obrigado a atuar como grande agência de crédito, emprestando dinheiro, diretamente ou por meio de subsídios, a estabelecimentos bancários, ferrovias, companhias de seguros, emprêsas particulares, proprietários de imóveis e fazendeiros. Em virtude da enorme escassez de empregos predominante há muitos anos, vários órgãos governamentais foram forçados a providenciar a criação de empregos temporários e também a proteção aos necessitados em escala sem precedentes, assim como a execução de obras públicas e criação de numerosas emprêsas destinadas a proporcionar diretamente trabalho àqueles que não pudessem obtê-lo em outro lugar.

Essa ampliação da atividade estatal provocou efeitos profundos na Administração. Em primeiro lugar, resultou em confiar-se ao ramo administrativo do Govêrno grande variedade de funções nem sequer imaginadas há bem poucos anos. Êsses novos encargos, exigiram a criação de novos serviços, a redistribuição do trabalho, a alteração das relações entre os diferentes órgãos, a seleção de pessoal mais numeroso e melhor aparelhado, o estabelecimento de novos métodos para o contrôle do pessoal e a idealização de novas normas, métodos ou processos para a melhor execução do trabalho. Mas, não é tudo. O grande aumento de atividade do Govêrno, especialmente da re-

guladora ou controladora, obriga a Administração a proferir decisões muito semelhantes às jurisdicionais, quanto à natureza. Tão grande é o seu número, tão técnicos são os conhecimentos exigidos para proferi-las, tão misturadas podem elas estar com o processo administrativo, tão importante é que elas sejam proferidas com rapidez, que os tribunais judiciais não são òbviamente as autoridades ideais para elaborá-las. A tarefa de pronunciar estas decisões deve caber a certas autoridades administrativas sejam elas da própria Administração ativa ou tribunais administrativos." (6)

O assunto também foi amplamente debatido no país por CASTRO NUNES na obra *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Êle examina o problema das delegações e procura apreciá-lo dentro de uma problemática nova, analisando especialmente a evolução do problema no direito público norte-americano. Escreve êle:

"A hipertrofia das funções do Estado e a complexidade dos problemas da administração pública, exigindo conhecimentos especializados e, não raro, de técnica complicada, para a qual não estão aparelhados os juízes de carreira, explicam o desenvolvimento, que vem de longe, e que vai acentuando dia a dia, de instâncias administrativas colegiadas para o exame e solução de tais questões.

Vários fatôres concorrem para êsse desenvolvimento. Em primeiro lugar o uso cada vez mais freqüente da legislação delegada, comportando maiores ensanchas ao poder regulamentar do Executivo, êsse mesmo já consentido em maior escala do que na doutrina clássica da separação dos podêres. É uma tendência a que não escapa nem mesmo a Inglaterra, berço do parlamentarismo, onde vão abrindo caminho, não obstante as resistências do espírito tradicional, consideráveis reservas em favor da administração na aplicação em concreto de certas leis. O

6) FREDERIC BLACHLU e MIRIAM OATMAN, Administrative Legislation and Adjucation, Washington, 1934, págs. 1 a 4.

poder regulamentar desenvolvido leva ao desenvolvimento correlato da função jurisdicional.

Conseqüência de uma expansão administrativa e da necessidade de concentrar a atividade estatal, fazendo intervir na execução de certos serviços a colaboração dos particulares ou das classes interessadas, é a instituição dos corpos paraestatais, aos quais a lei confere, em extensão variável, poder normativo ou regulamentar que se desenvolve nas aplicações em espécie em via jurisdicional interna.

O desenvolvimento crescente nos Estados Unidos, em Estados de tipo judiciarista, de comissões ou *boards* propostos à execução de certas leis, com a atribuição de decidirem sôbre as contestações nascidas da aplicação dessas leis em casos concretos, documenta a mesma expansão. Daí, do poder jurisdicional consentido a êsses corpos administrativos, a locução corrente com a qual se define o poder exercido por êles, *quasi-judicial functions of administratives bodies,* usando o advérbio latino para significar a assemelhação entre tais instâncias e as côrtes de justiça. Estão neste caso os tribunais do trabalho, criados como aparelhos administrativos, tendo no vértice o *National Labor Relations Board.* A proliferação dessas instâncias desconhecidas do classicismo judiciário tende para a burocracia, em que terá de desfechar a exageração da tendência, no sentir dos seus opositores. HERRING dá notícias das críticas levantadas contra êsse "govêrno de repartições e conselhos administrativos" (we can hardly say that we today live under a government of breaus and commissions").

Mas a tendência caminha. Desenvolveu-a o *New Deal*. A extensão do poder conferido a essas instâncias é considerável. Elas exercem uma jurisdição que, semiplena na teoria do direito, porque reservado sempre o direito de apelação para as côrtes judiciárias (côrtes de apelação de circuito), é pràticamente conclusiva, em extensão maior ou menor, conforme as leis de sua respectiva

criação. É que os tribunais, êles mesmos se limitam, na apreciação dos fatos apurados, no entendimento de certos têrmos ou locuções que envolvem conhecimentos especializados e nas questões de caráter técnico.

Mas existe um outro fator que está também influindo na expansão jurisdicional do Estado. Se as necessidades práticas da administração estatal hipertrofiada estão operando uma descentralização da função, repartindo-se entre o Judiciário e outros órgãos estatais ou paraestatais, acentua-se cada dia e em tôda parte a tendência para reduzir o arbítrio na aplicação da lei. É o *esprit de légalité*, de que fala ROGER BONNARD, dominando a execução dos serviços públicos sob formas assemelhadas às judiciárias.

É uma evolução ainda nas formas imprecisas desta fase de transição. O que ela exprime é, sem dúvida, o fato jurisdicional dominando a atividade do Estado. Não é nem a hipertrofia nem a decadência do Judiciário, que é, por definição, a jurisdição específica do Estado. Mas formas novas de realização do direito pela adequação de outros órgãos prepostos a uma função estatal que cresceu em extensão e complexidade e já não encontra nos moldes clássicos os meios necessários à sua expansão. (7)

O uso das delegações provocará necessàriamente a crise e a teoria da separação de podêres? No plano legislativo e jurisdicional as delegações proliferam, contrariando uma praxe dominante há longo tempo. Por isso certos autores temem o destino do princípio da separação de podêres.

JACOBI afirma que a delegação legislativa se realizando através dos regulamentos jurídicos representa um perigo para o princípio constitucional da separação de po-

7) CASTRO NUNES, Teoria e Prática do Poder Judiciário, etc., Revista Forense, Rio, 1943, págs. 8, 9 e 10. — Vide também a propósito a obra de BILAC PINTO, Estudo de Direito Público, pág. 252 s.

dêres, tornando-o um aforma vazia. (8) J. H. MORTAN mostra como "as recentes usurpações das funções judiciais pelo executivo... são as mais indefensáveis das usurpações" (9), ao passo que LORD HEWART na obra publicada em inglês com o título *O Nôvo Despotismo* é francamente desfavorável e combate acerbamente esta ampliação das funções jurisdicionais do poder executivo.

BLACHLY e OATMAN (o.c., págs. 11 e 12) mostram ademais como o sistema tradicional do Estado fica abalado diante da técnica das delegações:

"A legislação administrativa e a jurisdição administrativa são importantes não sòmente pelo vasto elenco de direitos individuais e de relações jurídicas, que são por elas atingidos e controlados, senão também por várias outras razões. Êstes dois processos estão causando uma profunda transformação no nosso sistema constitucional, no nosso direito público, na organização dos diferentes órgãos governamentais, nas relações entre êles, nos métodos de manipular os negócios governamentais, nos processos e nos remédios contra a ação ilegal do govêrno.

Essa transformação, pela sua amplitude, envolve um sério conflito entre princípios e métodos vetustos e longamente estabelecidos e métodos e princípios novos e ligeiramente experimentados. A mudança já estremeceu cidadelas aparentemente inexpugnáveis como o princípio da separação dos podêres, a doutrina das limitações constitucionais, a doutrina do *due process of law,* a velha teoria das relações entre o indivíduo e o direito, comumente chamada *supremacy of the law,* e o princípio da suprema-

8) JACOBI escreve: Die neuzeitliche Entwicklung... hat... als internationale Erscheinung ein Ueberhandnehmen der Rechtsverordnungen mit sich gebracht die das foermliche Gesetz fast zur Ausnahmeercheinung gegenueber der Rechtsverordnung macht und demit das Verfassungsprinzip der Trennung von Gesetzgebung und Verwaltund in die Gefahr bringt, leere Formel zu werden".

9) J. H. MORGAN, Remedies Against the Crown, pág. XLV, *in* Public Authorities and Legal Liability, London, 1925, de E. ROBINSON.

cia do Judiciário como agência preeminente para o contrôle da administração."

Torna-se assim um problema delicado do constitucionalismo moderno a salvaguarda do princípio da separação de podêres em face do imediatismo de ação do govêrno ou da rapidez da administração da Justiça. Mas não é lógico que se desmanche a secular construção do Estado de direito. A pressuposta eficiência e rapidez da administração não devem desproteger a garantia das liberdades e dos direitos do homem. Para esta é mecanismo indispensável da defesa o tradicional princípio da separação de podêres. Destarte, urge apenas ajustá-lo à vida moderna e não eliminá-lo, como seria do gôsto dos teóricos do autoritarismo.

3. *As Delegações Legislativas no Direito Público Comparado*: *Itália.* — Para a concepção clássica ocorre a delegação legislativa de podêres quando o Congresso ou o Parlamento transfere para o executivo a competência de formular lei no país ou alterar as leis existentes. O tradicionalismo desta concepção já foi buscado no *Digesto* (livro 1, tit. 21, fr. 5) : *"Mandatum sibi jurisdictionem mandari alteri non posse manifestum est."* Esta fórmula foi reduzida para outra mais sintética: *"Delegatus non potest delegare."*

Daí, como se disse, através de BRACTON e COKE, foi desenvolvida amplamente por LOCKE no seu *Tratado sôbre o Govêrno Civil,* ao escrever: "A legislatura não pode transferir a nenhum outro corpo o poder de elaborar leis. . ."

Êste pensamento liberal tornou-se atuante no Estado democrático no século XIX reagindo contra o absolutismo dos séculos precedentes. O poder de elaborar as leis tornou-se monopólio das Assembléias Legislativas e as Constituições procuraram consagrar êste princípio expressa ou implìcitamente nos seus textos.

Entretanto, no século presente, se ampliou o âmbito de atuação do Estado. Nem sempre as leis eram feitas com a devida rapidez, arrastavam-se nas câmaras desesperadamente por falta de *quorum*, emendas sucessivas e numerosas dificultavam a sua votação imediata. Por isso a doutrina moderna foi procurando justificar as delegações, nada obstante o seu antagonismo aos princípios teóricos do direito público, consagrando-se na prática da vida.

Como um exemplo desta transformação cumpre citar imediatamente a nova Constituição da Itália, promulgada em 27 de dezembro de 1947, e que quebrou o tabu e o ortodoxismo da delegação de podêres. Afirma com efeito o citado Diploma constitucional :

"Art. 76. — O exercício da função legislativa não pode ser delegado ao govêrno senão com uma determinação de princípios e de critérios de direção e sòmente por um tempo limitado e para objetos definidos.

Art. 77. — O govêrno não pode, sem delegação das câmaras, elaborar decretos tendo o valor da lei ordinária.

Quando, em caso extraordinário de necessidade e de urgência, o govêrno adota, sob sua responsabilidade, medidas provisórias tendo fôrça de lei e de direito, êle deve no próprio dia, apresentá-las para conversão nas câmaras que, mesmo se estão dissolvidas são convocadas expressamente e se reúnem em 5 dias.

Os decretos perdem tôda a sua eficácia desde a sua data da origem e não são convertidos em lei 60 dias depois de sua publicação. As câmaras podem todavia regular por lei as relações jurídicas criadas sob a base dos decretos não convertidos."

Comentário do assunto foi feito por VIRGA em seu *Direito Constitucional.* A Constituição italiana é uma Constituição rígida, admitindo o princípio da separação de podêres. Em uma Constituição rígida, admitindo êsse princípio, a delegação do poder legislativo deve ser expres-

samente consentida em uma norma constitucional, porque êle vem derrogar o aludido princípio da separação. A delegação legislativa deve ser expressamente admitida pela lei, porque derrogando o princípio da separação de podêres implica a transferência da competência de um órgão a outro.

Na Itália o destinatário da delegação legislativa é o gabinete, isto é, o órgão colegial intitulado Conselho dos Ministros, e não é permitida a delegação aos Ministros isolados. A subdelegação está implìcitamente vedada.

Quanto aos limites da delegação, devem êles existir, por fôrça do próprio art. 76 do texto magno italiano, a fim de impedir os abusos da delegação. Êstes limites são temporais, isto é, por um tempo determinado, são materiais ou seja, por um objeto definido, e são programáticos' isto é, com determinação de princípios e de critério diretivos.

Com respeito à sua forma, as leis delegadas são discutidas e deliberadas pelo Conselho de Ministros, devendo ser firmadas pelo Presidente e contrafirmadas pelo Ministro ou Ministros proponentes, bem como publicadas na *Gazeta Oficial* para efeito de entrada em vigor. (10)

Vê-se assim que os publicistas italianos procuraram resolver a contento o problema da delegação legislativa. Permitiram-na mediante autorização das câmaras, mas tôdas as medidas do Govêrno que têm fôrça de lei, medidas constitucionalmente provisórias, devem ser apresentadas à câmara para sua conversão em lei dentro de 60

10) Sôbre as delegações legislativas vide: CRISCUOLI, La delegazione del potere legislativo nel moderno constitucionalismo, Napoli, 1910. — TOSATO, Le Leggi di delegazione, Padova, 1931. — FERRERO, La delegazione legislativa in Annali Perugi, 1934, pág. 3. — GALGANO, Contributo alla dottrine dellee delegazioni legislative, *in* Ri. dir. civ. 1920. — MORTATI, *In* tema di delegazione legislativa, *in* Foro am., 1940, IV, 87 e Ancora *in* tema di delegazione legislativa, 1940, IV, 121. — ORIGONE, L'estensione della potestà legislativa al governo nello Stato moderno, Roma, 1935. — FERRARI, Formula e natura della attuzle decretazione con valore legislativo, Milano, 1948.

dias, ou seja, obter a sua aprovação, sob pena de perder tôda a eficácia. Desta maneira a Itália resolveu com sabedoria êste problema nôvo, salvaguardando os podêres reservados das legislaturas para a elaboração da lei.

4. *As Delegações Legislativas no Direito Público Comparado*: *Alemanha.* — Na Alemanha os seus publicistas da velha Constituição já estudavam o problema das delegações dentro de um espírito renovador. A respeito podem consultar-se as obras de LABAND, JELLINEK e ARNDT. As delegações de podêres deveriam ser delegações de competência pela natureza legislativa *ratione materiae* do ato.

De acôrdo com LABAND e JELLINEK se deveria estabelecer a distinção entre a lei e o regulamento (Verordnung). A lei é disposição criando direito nôvo, ao passo que o regulamento tem validade sòmente dentro da ordem jurídica em vigor. JELLINEK discrimina entre *regulamentos de direito* e *regulamentos de administração* : os primeiros são verdadeiras leis, dentro dos limites da ordem jurídica e da Constituição, enquanto os segundos se realizam dentro da órbita jurídica existente, para que os funcionários possam executá-los.

A Constituição de 1919, em seu art. 77, debateu também o problema. Os intérpretes do aludido artigo dizem que o dito artigo, ao sentir do redator da Constituição, sòmente se refere aos regulamentos administrativos, e que esses regulamentos administrativos não poderiam fundar preceitos jurídicos obrigando diretamente o cidadão. Assim pensa BUEHLER (11), esclarecendo que os regulamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) são aquelas disposições contendo preceitos jurídicos obrigando diretamente ao cidadão. Adverte êle entretanto que con-

11) HERRFAHRDT, no Kommentar zum Bonner Grndgesetz, I, comentário ao art. 80: "Dau Gesetz darf nicht schlechthin zur Regelung einer Angelegenheit durch Rechtsverordnung ermaechtigen, sondern muss Inhalt, Zweck ad Ausmass der Eramechtigung bestimmen, dadurch soll den

quanto êstes decretos ou regulamentos jurídicos não estejam contidos no texto do art. 77, no entanto a questão toma um caráter diferente diante da prática.

A maior parte das leis contêm autorização expressa para decretar disposições de caráter executivo, e apesar da atitude pouco clara da jurisprudência, muitos autores advogaram que tais disposições de caráter executivo sôbre a base de uma autorização especial, "podem conter preceitos jurídicos, ainda que só de escassa importância e com a missão de completar a lei, jamais de reformá-la".

A Constituição de Bonn de 1949, em seu art. 80, admite os regulamentos de direito e prevê a delegação legislativa. Afirma o precitado art. 80, I : "O Govêrno federal, o Ministro federal ou os Governos dos países podem ser habilitados por uma lei a editar os regulamentos de direito. A lei deverá determinar o conteúdo, o fim e a extensão das habilitações assim dadas. Os regulamentos deverão indicar seu fundamento jurídico. Se a lei prevê a possibilidade de uma delegação desta habilitação, esta delegação deverá ser operada por um regulamento de direito" (Durch Gesetz koennen die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermaechtigt werden, Rechtsverordnungen zur erlassen. Dabei muessen Inhalt, Zweck und Ausmass der erteilten Er mechtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, dass eine Ermaechtigung weiter uebertragen werden kann, so bedarf es zur Uebertragung der Eramechtigun einer Rechtsverordnung).

Os comentaristas têm estudado o alcance do art. 80 da Constituição de Bonn. HERRFAHRDT, no comentário

---

Gerichten die Nachpruefung erleichtert werden, ob die ermaechtigte Stelle die Grenzen der Ermaechtigung eingehalten hat". — THEODOR MAUNZ. Deutsches Staatsrecht, Muenchen und Berlin, 1957, págs. 180, 293, 344, 168 e 216. — KLEIN, SCHEUNER, GECK, RIDDEER, BALLREICH, SCHNNEIDER, e BETTONI, Die uebertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtstaat, Frankfurt am Main, 1952. — THOMA, *in* HddDstR, II, pág. 227. sôbre o direito alemão da Constituição social-weimariana.

ao dito art. 80, redigido para a obra *Comentário à Lei Fundamental de Bonn,* salienta que a lei não deve sòmente autorizar a regulação de um assunto através de um decreto jurídico, porém deve determinar o conteúdo, o fim e a medida da delegação, e sôbre a sua verificação pode pronunciar-se os tribunais. Detalhes sôbre o assunto podem também ser buscados na obra de MAUNZ intitulada *Direito Público Alemão,* de sorte que também na Alemanha o assunto teve o seu estudo e a sua indagação, bem como a sua realização prática. (12)

5. *As Delegações de Podêres no Direito Público Comparado* : *França.* — Na França o problema das delegações teve também teóricos, sobretudo ventilado diante da Constituição de 1946, proibindo a delegação legislativa em seu art. 13 : "Sòmente a Assembléia Nacional vota a lei. Ela não pode delegar êsse direito." Entretanto o assunto foi bastante discutido de conjunto com o problema dos decretos-leis, pôsto que alguns sustentavam que os decretos-leis não estavam vedados pelo texto constitucional de 1956, outros admitindo posição contrária. Sôbre os decretos-leis, e sua validade diante do art. 13 da Constituição francesa, o govêrno fêz consulta ao Conselho de Estado, que respondeu, segundo salienta LAUBADÈRE no *Curso de Direito Constitucional* (1953, págs. 323 e 325) dizendo que se o legislativo indica na lei as regras essenciais, o govêrno porém as completa por decretos-leis, assunto que assim se prende ao poder regulamentar.

Històricamente o regime constitucional de 1875 como a Constituição de 1946 interditavam o uso das delegações legislativas. Relembra-se entretanto que desde POINCARÉ em 1924 até 1939 houve nove autorizações de decretos-leis de importância, e mais 6 de 1946 a 1953.

O regime da Constituição de 1946 admitiu uma nova espécie de autorização legislativa, as chamadas leis-

12) JOHN A. FAIRLE, Administrative Legislation, *in* Michigan Law Review, janeiro de 1920, pág. 393.

quadros (lois cadres), segundo a qual o Parlamento outorga ao poder executivo autorização para regular uma determinada matéria, o executivo então devendo enquadrar a sua atividade dentro dos limites estatuídos. É essa a razão pela qual, em 1953, diversas leis-quadros foram votadas, concernentes reforma fiscal e ao seguro social, a legislatura recomendando ao próprio Govêrno a sugestão de apresentar projetos de lei sôbre o problema. Caso êles não fôssem modificados ou regulados pelo Parlamento, o executivo poderia expedir decretos no sentido referido, defendendo-se a plausibilidade constitucional desta atitude, porque traçaria limites ao próprio poder regulamentar e contradiriam os plenos podêres.

A nova Constituição francesa de 1958 admitiu fórmula transacional permitindo a maior flexibilidade do govêrno. Diversos artigos delimitam a matéria. Assim o art. 34 declara, segundo a fórmula tradicional, que a lei é votada pelo Parlamento e determina os objetos próprios das leis, que são expressamente especificados. Já o art. 37 esclarece que as outras matérias fora das que pertencem ao domínio da lei têm um caráter regulamentar. Os textos legislativos que intervêm nestas matérias podem ser modificados por decretos efetuados após parecer do Conselho de Estado. Os textos que intervenham após a entrada em vigor da atual Constituição só poderão ser modificados por decreto se o Conselho Constitucional houver declarado que têm um caráter regulamentar em virtude da alínea precedente. Enfim através do art. 38 declarou que o govêrno pode, para a execução do seu programa, pedir ao Parlamento a autorização para tomar, mediante ordens, durante um prazo limitado, medidas que são normalmente do domínio da lei. As ordens são tomadas em Conselho de Ministros depois de parecer do Conselho de Estado. Entram em vigor logo que são publicadas, mas tornam-se caducas se o projeto de lei de ratificação não fôr depositado no Parlamento antes da lei de habilitação. Na expiração do prazo mencionado na primeira alínea do

presente artigo as ordens não podem ser modificadas senão pela lei nas matérias que são do domínio legislativo.

Na realidade se deu uma nova feição ao poder regulamentar, procurando-se assim resolver o problema clássico da manutenção da doutrina da separação de podêres e as necessidades prementes de atuação do govêrno diante da crise econômico-política que sofre a França contemporânea.

6. *As Delegações no Direito Público Comparado : Estados Unidos da América.* — A proibição das delegações legislativas foi consagrada implìcitamente na Constituição norte-americana de 1787, com uma resultante do princípio da separação de podêres, reputado como um dogma. COOLEY e WILLOUGBY fizeram a defesa dêste princípio, defendendo a indelegabilidade das funções legiferantes. É verdade entretanto que COOLEY admitiu a existência de leis condicionadas pelo advento de determinadas circunstâncias, isto é, o Presidente da República se tornaria habilitado a adotar determinadas medidas em face da modificação das circunstâncias no futuro.

Històricamente a jurisprudência norte-americana, bem como a sua doutrina, tomara mposições antagônicas no tocante à chamada legislação delegada. Lentamente, porém, a situação histórica foi se modificando no sentido de maior flexibilidade dada ao executivo, através da chamada delegação legislativa e da outorga de funções jurisdicionais às agências administrativas.

Há duas gerações atrás escrevia JOHN A. FAIRLIE, na obra *Legislação Administrativa,* sôbre a importância e a ampliação dessa atividade do poder executivo, nos seguintes têrmos :

"Poucas pessoas se aperceberam da grande intensidade com que a Administração pública no Govêrno nacional norte-americano é controlada por meio de regulamentos ou decretos administrativos com a autoridade formal de legislação.

Por mais importantes que tenham sido em tempo de paz, êsses regulamentos do Executivo se revestem de importância muito maior em tempo de guerra. Durante o último estado de emergência, inúmeros regulamentos dêsse tipo foram impostos a diversas categorias de pessoas estranhas ao círculo dos funcionários administrativos.

Realmente existem, além das proclamações presidenciais e dos decretos do Executivo, muitos sistemas complexos de regulamentos do Executivo que orientam as atividades de cada um dos seus Ministérios, e dos vários serviços internos e externos. Êles compreendem a elaboração de códigos regulamentares do Exército e da Marinha, dos serviços postal, consular, aduaneiro, de rendas internas, de guarda-costas, de patentes, de pensões, de terras, de índios, de imigração e de naturalização e de normas para o serviço público. Em aditamento a êsses tipos tradicionais, apareceram muitas séries novas de regulamentos, promulgados durante êstes últimos anos, antes da guerra e, mais recentemente, pelas agências criadas durante a guerra, isto é, pela *Food and Fuel Administration,* pela *War Industries Board* e pela *War Trade Board*.

Complementando as regulamentações sistematizadas e codificadas, existe um corpo, possìvelmente mais extenso, de regras, decretos e instruções especializadas, provenientes dos vários departamentos, escritórios, comissões e agências locais, e limitadas ao conhecimento restrito das pessoas que as devem aplicar e daquelas a quem elas serão aplicadas." (13)

Em inquérito procedido depois, observa JAMES HART como inúmeras agências dispõem do poder regulamentar, sendo êsse um dos problemas decisivos da transformação política nos Estados Unidos.

"Na essência do problema da gestão administrativa do Govêrno federal encontra-se o poder regulamentar,

13) JAMES HART, The Exercise of Rule-Making Power, *in* Administrative Management, New York, 1937, pág. 3.

cuja importância é assinalada por duas razões: 1.ª, existem nada menos de 115 agências federais que, de acôrdo com 964 leis e 71 ordens e proclamações do Poder Executivo ditam regras e regulamentos que atingem o público. Isto significa que a regulamentação constitui parte importante da função global da Administração, por cuja supervisão o presidente é responsável perante o povo; 2.ª, regulamentar sob a forma de ordens do Executivo constitui uma das principais técnicas utilizáveis pelo presidente para a direção geral, não só no plano ministerial, mas também no que concerne às operações do ramo executivo do Govêrno.

Os podêres regulamentares dêsses 115 órgãos têm como fontes delegações legislativas. Essas delegações não constituem novidade no Govêrno federal. Sua prática é admitida por uma tradição que remonta ao Govêrno do presidente WASHINGTON, mas só atingiu o clímax nos quatro períodos de crise nacional. À parte êsses poucos períodos, porém, registrou-se no último decênio, um impulso geral no sentido do uso crescente desta técnica.

Não se deve lamentar essa tendência, pois a experiência nos ensina a lição insúscetível de êrro, de que, na economia moderna, tão complexa de constantes e inesperadas modificações, a legislação delegada representa um instrumento indispensável da regulamentação governamental." (14)

PRESSLY S. SIKES e JOHN E. STONER, na edição atualizada da obra de BATES e FIELD sôbre *O Govêrno Estadual,* acentuam de outro lado como as exigências das atuais operações governamentais provocaram a atribuição a alguns departamentos e agências de alguma participação naquilo que pode ser pròpriamente chamada de função legislativa, mostrando de outro lado a importância das

14) PRESSLY S. SIKES e JOHN E. STONRER, Bates and Field's State Government, New York, 1954, págs. 166/167.

comissões e departamentos no direito administrativo norte-americano. (15)

Tudo isso levou JAMES HART à seguinte conclusão :

"O advogado, tanto quanto o leigo, se vê geralmente embaraçado diante da expressão *ordinance making* aplicada aos podêres do presidente. Com razão admitem êles que a expressão significa "podêres de natureza legislativa exercidos por funcionários administrativos". Entretanto, não é certo que a Constituição atribui expressamente ao Congresso "todos os podêres legislativos"? Não existe aquêle princípio fundamental que afirma que *delegata potestas non potest delegari ?* Não têm os livros afirmado que o chefe do executivo da nação não possui podêres legislativos ? Onde está, nos documentos históricos, a afirmação ou admissão por qualquer dos fundadores do regime de que ao Presidente são facultados tais podêres pela Lei Magna ou que êles possam ser concedidos pelo Congresso ? As páginas da jurisprudência da Côrte Suprema não contêm desmentido a essas proposições ?

Tudo isto é verdade. Entretanto, a despeito da teoria ortodoxa, encontramos uma prática constitucional comparável em caráter, se não em grau, com a denominada, no continente europeu, *executive ordinance making*. O que a Côrte Suprema tem negado, porém, não é a autoridade do primeiro magistrado em relação a essa prática, mas simplesmente o fato de que tais podêres sejam legislativos. Preferiu considerá-los como administrativos. Recusando-se a dizer que uma pá é uma pá ("refusing to call a spade a spade"), a Côrte tem procurado imprimir aos negócios do Govêrno a flexibilidade necessária, sem admitir que o Congresso possa delegar seus podêres constitucionais ao Executivo." (16)

Resumindo, pode-se dizer que històricamente, se a princípio a Suprema Côrte salvaguardava ortodoxamente

15) JAMES HART, The Ordinance Making Powers of the President of the United States, Baltimore, 1925, págs. 17 e 18.
16) CORWIN, The President, its office and power, 1940, págs. 123 e 369.

o princípio da separação de podêres, hoje se admite a *delegation of powers,* com determinadas limitações e regras diretivas, numa orientação que se consolidou desde 1926, nos casos *Springe versus Government of Philippine Islands* e *Wisconsin Inspectino Bureau versus Whitman,* tomando parte decisiva nesta evolução juízes como HOLMES e ROSENBERRY. Razão pela qual o publicista americano CORWIN relembra a existência de 37 leis importantes, até 1940, representando verdadeiras delegações de podêres, em obra publicada sôbre o presidencialismo norte-americano. (17)

7. *As delegações no direito público comparado: sua evolução na jurisprudência norte-americana.* — Seria mesmo interessante esboçar a leves traços a evolução da jurisprudência norte-americana no tocante à separação e delegação de podêres. A princípio mantinha a Suprema Côrte uma posição ortodoxa de interpretação do problema, porém já sob a presidência de MARSHALL a Suprema Côrte reconheceu o direito do Congresso de delegar o poder de "preencher os pormenores (*to fill up the details*) da lei a outros departamentos, quando se debateu o caso da autorização dada aos tribunais federais para estabelecer normas processuais, desde que não fôssem de encontro às leis nacionais. MARSHALL, no pleito *Wayman v. Southard* (10 £heat, 1, 42, 1825), contestou que se tratasse de delegação proibida do poder legislativo, nos seguintes têrmos: "Não se demarcou exatamente a linha de separação dêsses importantes assuntos, que devem ser regulados inteiramente pelo próprio Legislativo; e êste pode, em relação aos de menor interêsse adotar uma disposição geral e dar àqueles que irão agir de acôrdo com a mesma o poder de preencher os pormenores."

17) Sôbre a delegação de podêres nos Estados Unidos e sôbre a evolução vide: OLIVER FIELD, The Years of the Supreme Court, 1937-1947, II. Separation and delegation of powers, American Political Science Review, vol. 4, 1947, 1161-1170. — ARTHUR T. VANDERBILT, The Doctrine of separation of powers and its present day signi icance, University of

No caso *The Brig Aurora* (7 Cuanch, 382, 1813), sustentou ainda MARSHALL a tese de que, ao invés do Congresso determinar a outro departamento governamental a aplicação da norma geral em casos concretos, ou a sua complementação preenchendo os pormenores, mandasse revalidar, suspender ou modificar leis já promulgadas, ou mesmo aplicar nova regra, caso fôsse apurado determinado fato pelos agentes administrativos.

Porém de um modo geral, salvo esta orientação acima referida, dominava integralmente o princípio da separação de podêres. A transformação ideológica começa a firmar-se ao fim do século XIX, quando se arguiu em 1892 a inconstitucionalidade da Lei de Tarifas (*Tarif Act*) de 1890, por se dizer que ela continha delegação indevida e ilegal da legislatura nacional ao Presidente. O legislativo outorgou ao Chefe do Executivo a competência para suspender a livre importação de determinadas mercadorias pelo tempo julgado justo, diante de certas circunstâncias enunciadas. A Côrte Suprema declarou ser constitucional a lei, expressando que o Congresso poderia delegar autoridade ao Presidente, para que êste ajuizasse das condições e do tempo da vigência do disposto, porém não poderia "delegar seu poder de fazer a lei", como se verifica no pleito *Field v. Clarck* (143 U.S. 649, 1892). A Suprema Côrte assim se reservou o poder de declarar se era ou não permissível a delegação em cada caso concreto.

Até 1937 ainda se mantinha com certa vitalidade o conceito ortodoxo da separação de podêres. Em 1933 a Côrte Suprema declarou inconstitucional o dispositivo da Lei da Reconstituição Nacional, de 16 de junho de 1933, no pleito *Panama Regining Co. v. Ryan* (293, U.S., 388, 1935), nada obstante o voto vencido de CARDOZO, quando a aludida lei autorizou ao Presidente a proibir o trans-

---

Nebraska Press, 1953. — LÊDA BOECHAT RODRIGUES, A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano, Rio, 1958.

porte do comércio interestadual de todo o petróleo produzido ou retirado do estoque em excesso de acôrdo com as leis estaduais, por pretender que se tratava de delegação legislativa.

Ainda a Suprema Côrte declarou por unanimidade como inconstitucional outro dispositivo da lei de Reconstituição Nacional, a 27 de maio de 1935, de acôrdo com o qual o Presidente foi autorizado a decretar os chamados Códigos de Concorrência Leal. Os próprios sindicatos elaborariam tais Códigos, foram preparados cêrca de 700 Códigos, que o Presidente poderia ou não aceitar a seu talante. O Acórdão foi redigido por HUGHES, esclarecendo que o dito dispositivo "não prescrevia *standards* para qualquer gênero de comércio, indústria ou atividade... Em lugar de prescrever regras de procedimento, autorizou a feitura de Códigos que as prescreveriam... Tal delegação de poder é desconhecida em nosso direito e intensamente incompatível com as prerrogativas e deveres constitucionais do Congresso."

Mas foi a partir de 1937 que foi se enfraquecendo a ortodoxia do princípio da separação de podêres. Como se analisou anteriormente, a complexidade da vida econômica e a intervenção freqüente do govêrno levaram a um nôvo mecanismo de vida. A Côrte Suprema passou então a aceitar o ponto de vista de que o Congresso dita os pontos de vistas essenciais, enuncia as diretrizes gerais da lei, ao passo que o executivo as completa e aplica de acôrdo com os padrões estabelecidos pelo Congresso.

A orientação de 1937 assim se baseou nas teorias enunciadas no século passado por MARSHALL nos pleitos *Wayman v. Southard* e *The Brig Aurora*, já discutidos anteriormente.

Em 1942 o Congresso votou a Lei de Emergência de Contrôle de Preços, autorizando expressamente ao Presidente o poder de regulamentá-la, e mesma subdelegação aos agentes administrativos do Govêrno, porém dentro de

certos *standards* ou quadros aos quais se sujeitaria a sua ação. Tal delegação foi tida como constitucional no caso *Yakus v. United States,* (321, U.S., 414, 1944). A primeira Lei de Podêres de Guerra, de 18 de dezembro de 1941, também foi reputada constitucional nas delegações dadas ao Presidente, no pleito *Fleming v. Mohawk and Wrecking and Lumber Co.* (331 U.S., 111, 1947).

Um pouco mais tarde, em 1948, já terminada a guerra mundial e proclamada a cessação da mesma, a 31 de dezembro de 1946, a Suprema Côrte, no pleito *Woods v. Miller* (333 U.S., 138, 1948), declarou que não cessavam os podêres de regular os alugueres por fôrça dos podêres de guerra, conferidos ao Presidente, nem tampouco o próprio poder pelo Congresso concedido ao Presidente para deportar estrangeiros inimigos durante o período de guerra, pois o relator do acórdão, o juiz FRANKFURTER, assim opinou no caso *Ludeck v. Watkins* (335, U.S., 160, 1948), declarando que "as armas silenciaram, mas ainda não havia chegado a paz".

Muitos outros pleitos marcaram êste mesmo roteiro jurisprudencial, como nos pleitos *Lichter v. United States* (334, U.S., 742), *Bowles v. Willingham* (321, U.S., 503, 1944), no primeiro dêles se afirmando: "Um poder constitucional implica o poder de delegação de autoridade suficiente para efetivá-lo... O grau de definição dos *standards* a serem obedecidos, e elaborados pelo Congresso, a fim de evitar que a autoridade administrativa concedida constitua delegação inconstitucional do poder legislativo, não é suscetível de uma formulação rígida... Por conseqüência, apesar da estrutura constitucional e dos contrôles do govêrno serem nossos guias, tanto na guerra quanto na paz, êles devem ser lidos tendo-se no espírito os propósitos realistas da Constituição como um todo.

Caso importante de delegação de autoridade outorgada pelo Congresso ao Presidente para a realização de acôrdo executivos se concretizou com a Lei de Empréstí-

mo e Arrendamento, de 11 de março de 1944, a chamada *Lend-Lease Act*. Através dela o Presidente ficou com Podêres, durante dois anos, prorrogáveis adicionalmente, se assim a própria defesa nacional o exigisse, a fim de autorizar o "Secretário da Guerra, o Secretário da Marinha ou o Chefe de qualquer outro departamento ou órgão do govêrno", a manufaturar artigos de defesa nos arsenais, fábricas e estaleiros, e a vendê-los, transferi-los, emprestá-los, arrendá-los, trocá-los ou mesmo cedê-los, ao govêrno de qualquer outro país cuja defesa o Presidente reputasse vital para a defesa norte-americana, de acôrdo com os têrmos que êle, o Presidente, julgasse necessários, e através disso 40 bilhões de dólares foram fornecidos aos aliados dos Estados Unidos, seja em munições de guerra ou em outros artigos.

Ainda durante a guerra, no pleito *Hirabayashi v. United States* (320, U.S., 81, 1943), reputou-se como constitucional a ordem de segregação imposta aos cidadãos americanos descendentes de japonêses, em face da guerra travada com aquele país oriental.

Também no caso *Sibbach v. Wilson and Co. Inc.*, (321, U.S., 655, 1941), o Congresso outorgou podêres à Côrte Suprema para a elaboração de regras de processo civil para os tribunais distritais, esta delegação foi reputada como constitucional, devendo as regras, depois de elaboradas, ser submetidas ao Congresso dentro de um certo prazo de tempo, e entrar em execução, se o Congresso não as desaprovasse.

Tão-sòmente houve um caso importante em que, ao julgamento da Côrte Suprema, foi restringida esta ampliação da outorga de podêres ao executivo, quando o Presidente TRUMANN determinou ao seu Secretário do Comércio, através do decreto executivo n.º 10.340, baixado a 8 de abril de 1952, a intervenção na indústria metalúrgica, sem que o decreto invocasse qualquer lei do Congresso autorizando tal intervenção. Feita a intervenção, o

Congresso tornou-se ciente da mesma através de duas comunicações de TRUMANN, mas não a ratificou, antes se absteve de pronunciamento. O Tribunal do distrito competente concedeu ordem de *injunction* contra o Govêrno pedida pelos industriais, e a medida foi confirmada pela Côrte Suprema no pleito *Yougstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (343, U.S., 579, 1952.

Foi relator do acórdão o juiz BLACK. Êle mostrou a inexistência da lei autorizando a aludida intervenção. Salientou inclusive que foi eliminada uma emenda autorizando a intervenção em caso de emergência, por ocasião da Lei Taft-Hartley, quando de sua votação pelo legislativo. Dizia êle : O Presidente não tem "o poder tão extremo de tomar conta da propriedade privada a fim de impedir que a parada da produção fôsse realizada pelas disputas trabalhistas. Tal tarefa pertence ao legislativo, não às autoridades militares". (18)

A interpretação do assunto pela jurisprudência norte-americana pode ser atualmente feita de acôrdo com as seguintes palavras de CHARLES HUGHES, *Chief Justice* ou Presidente da Suprema Côrte de 1930 a 1941 : "Os princípios que dominam a delegação do poder legislativo são claros. A legislatura não pode delegar os seus podêres para fazer uma lei; mas pode fazer uma lei para delegar um poder com o objetivo de determinar um dado fato ou estado de coisas do qual a lei faz, ou tem a intenção de fazer depender a sua própria ação. Contestar isto seria travar as rodas do govêrno. Há muitas coisas sôbre as quais

18) Ainda de um modo geral sôbre a delegação de podêres: HAROLD LASKI, Grammar of Politics, London, 1925, págs. 387-97. — PATRIC & MORACE WHITESIDE, Delegata Potestas non potest delegari, *in* Cornell Law Quartely, vol. XIV, 1928-29, págs. 186-96. — J. P. CORNER, Legislative Functions of National Administartive Authorities, New York, 1927. — CECIL T. CARR, Delegated Legislation, Cambridge, 1921. — B. M. LAING, The Legislative Functions of Government Department, *in* Public Administration, vol. VIII, 1930, págs. 335-48. — REYMOND, La délegation du pouvoir de légiférer, Bern, 1945. — FELLOWES, Un Essai de délégation des pouvoirs et la Chambre des Communes, *in* Inf. const. et. parl., 1950, pág. 20.

uma sábia e útil legislação deve repousar e que não podem ser conhecidas do Poder Legislativo; devem, pois, ser buscadas e determinadas fora das Câmaras." (19)

8. *O problema das delegações no Direito Constitucional Brasileiro.* — É interessante agora finalizar êste estudo com o problema das delegações no regime constitucional brasileiro. A Constituição do Império admitia o princípio da separação de podêres, e assim os publicistas da época opinavam pela proibição da delegação.

A Constituição da República de 1891 também prescrevia o mesmo princípio. RUY BARBOSA a princípio era inteiramente desfavorável às delegações, das quais sempre se beneficiava o Poder executivo. Entretanto mais tarde mudou de opinião, confessando em artigo publicado na *Revista Forense* (20) que "contra todos os esforços da teoria jurídica, o princípio das delegações reemerge sempre como regra consuetudinária, que surge naturalmente, quando as circunstâncias a impõem". Assim também opinaram juristas de nomeada como EPITÁCIO PESSOA e EDUARDO ESPÍNDOLA.

Apesar do princípio da separação de podêres, muitas delegações foram feitas durante o regime republicano de 1889-1930. Relembra-se mesmo que das 4 reformas do ensino superior e secundário, só a primeira de 1892 não derivou de delegação do poder legislativo. A segunda, constante do Código do Ensino de 1901, foi reputada como nula pelo judiciário, através do acórdão n.º 1.622, de 16 de junho de 1910, do Supremo Tribunal Federal, não pròpriamente porque fôsse ato do executivo, mas porque êsse decreto deveria ser referendado pelo Con-

19) RUY BARBOSA, Extensão e Limites da ação regulamentar do Poder Executivo, *in* Revista Forense, 1907, vol. VII, pág. 33. — EPITÁCIO PESSOA, em O Direito, vol. 15 pág. 85. — EDUARDO ESPÍNDOLA, Rivesta de Direito, vol. 98, pág. 318.

20) HERMES LIMA, Diário da Assembléia Constituinte, de 17 de agôsto de 1945, pág. 4176.

gresso, e nunca o foi. As duas outras reformas datam de 1911 e 1915.

CARLOS MAXIMILIANO relembra a propósito um meio têrmo razoável para resolver o problema, sem admitir a autorização legislativa pura, simples e incondicionada, porém a autorização legislativa subordinada a requisitos expressos: "Por exemplo: a) o poder executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas; b) fica o poder executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior; sôbre as seguintes bases: 1) só obtém matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) . . .".

"Os casos como o da letra *a* ruíram como inconstitucionais; o Congresso, sob o regime de 1891, os repelia sempre.

"Evidentemente, a Constituinte de 1946 se inspirou na tradição jurídica, alienígena e brasileira. Em verdade, o artigo 36, § 2.º, deve ser interpretado de acôrdo com o art. 87, n.º 1, que segrega regra universal, outorga ao Presidente da República especial competência para regulamentar.

"No exemplo sob a letra *b*, tôda controvérsia desapareceria ante essa redação : "Fica o Poder Executivo autorizado a dar nôvo regulamento ao ensino superior, sôbre as seguintes bases. . ."

Mas passemos a examinar o assunto ainda no decorrer da história constitucional brasileira. A Constituição de 1934 manteve o princípio da distinção de podêres, declarando no art. 33, § 1.º, ser "vedado aos podêres constitucionais, delegar as suas atribuições".

A Carta magna de 1937, com o seu feitio autoritário, repudiou o princípio montesquieuniano, antes autorizou expressamente as delegações e consagrou a técnica dos decretos-leis (art. 12 s.).

O Constituinte de 1945-1946 estava francamente atemorizado diante dos receios da ditadura e da preeminência do executivo. Procurou fortalecer a legislatura, e como as delegações são geralmente feitas em benefício do executivo, consignou no art. 36, § 2.º da Constituição de 1946: "É vedado a qualquer dos podêres delegar atribuições."

O assunto foi amplamente discutido por juristas categorizados, entre êles BILAC PINTO, AFONSO ARINOS, PONTES DE MIRANDA, PAULINO JACQUES, SEABRA FAGUNDES, FRANCISCO SÁ FILHO e HERMES LIMA, êste último declarando no plenário da Câmara dos Deputados que "não é possível govêrno sem delegação de atribuições". (21)

Apesar da proibição expressa no art. 36, 2, da Constituição vigente, em casos surpreendentes, o Supremo Tribunal Federal consagrou a teoria e a prática da delegação de podêres. Isto ocorreu no recurso extraordinário 12.639, do qual foi relator o ministro LAFAYETTE DE ANDRADE (22), bem como no recurso extraordinário criminal n.º 13.523, ambos de 1948, dêste último sendo relator o ministro BARROS BARRETO. (23)

No Brasil deve-se, entretanto, regular com um critério mais adequado êste problema, e o associando ao estudo do poder regulamentar, que por direito próprio corresponde ao executivo, e não como conseqüência da delegação legislativa.

No país, delegações aberrantes e mesmo subdelegações têm ocorrido freqüentemente. O poder executivo continua ainda como o órgão mais forte na estrutura constitucional brasileira. Não raro zomba da legislatura e do judiciário. A própria subdelegação ocorre, autoridades da

21) Arquivo Judiciário, vol. 89, pág. 284 seg.
22) Arquivo Judiciário, vol. 88, pág. 265 seg.
23) FRANCISCO SÁ FILHO, Relações entre os Podêres do Estado, Rio, 1959, pág. 244.

administração subalterna expedindo, por vêzes, portarias, resoluções ou instruções que alteram o direito elaborado pelos órgãos tradicionais da legislatura.

É preciso relembrar inclusive a anomalia ainda hoje vigente na Superintendência da Moeda e do Crédito alterando o regime cambial com simples portarias, através do decreto-lei n.º 7.298 de 2 de fevereiro de 1945. O Conselho de Política Aduaneira ficou mesmo com atribuição de alterar as cotas do impôsto de importação, modificar a própria nomenclatura de tarifas, pela lei n.º 3.244 de 14 de agôsto de 1957. (24)

Os clamores foram justificados em tôda a parte a fim de melhorar a técnica legislativa e constitucional no tocante às delegações. Se estas estavam formal e expressamente proibidas no texto constitucional de 1946, a Constituição devia ser respeitada. Pode-se modificar a regulação através de uma emenda à Constituição. O assunto foi discutido e estudado, razão pela qual, em março de 1956, foi designado pelo Ministro da Justiça uma comissão para debater os problemas da reforma constitucional, dela surgindo a seguinte proposta de emenda : "O Congresso Nacional poderá autorizar o poder executivo a elaborar projeto definitivo de lei, dentro dos limites e diretrizes que estabelecer. Dentro de 60 dias, se outro prazo não houver que o fixado, o Presidente da República enviará ao Presidente do Senado o projeto resultante de autorização, sob pena de caducidade. Nos 30 dias seguintes, em sessão conjunta, o Congresso o aprovará ou rejeitará por maioria de votos, presente a maioria de seus membros, não podendo emendá-lo. Se o não fizer dentro dêsse prazo, considerar-se-á aprovado e o Presidente da República imediatamente o promulgará, como lei". (25)

---

24) Reforma Constitucional, fascículo n.º 1, 1956, pág. 24.

25) MORTATI, Sui limiti della delegazione legislativa, *in* Jus, 1952, pág. 206.

A adotar-se no país, na época, a prática das delegações, mesmo contrariando a Constituição federal, que expressamente a proíbe, e que por isso devia ser respeitada, seria oportuno que os Tribunais apenas admitissem as delegações dentro de certas bases que poderiam vedar a hipertrofia do executivo. (26)

Assim sendo o poder executivo deve situar-se sempre dentro dos limites da própria autorização legislativa (HERRFARDT, GRAZIANO, LABAND, GOODNOW, VIRGA, MAXIMILIANO), sendo oportuno que o decreto se refira ao texto legislativo permitindo a autorização.

É possível ao poder judiciário verificar se a atuação do executivo ultrapassou os limites da autorização legislativa (HUGHES e HERRFARDT).

Realizada a sua obra, o executivo não pode reformá-la senão com nova autorização legislativa (MAXIMILIANO).

Os podêres de legislação são reservados ao Congresso ou ao Parlamento, e quando o executivo dêle se utiliza, fá-lo por exceção, a sua obra devendo ser referendada pela legislatura (VIRGA, MAXIMILIANO e outros).

Não devem entrar no âmbito dos regulamentos as normas relativas ao estabelecimento de pena, criação de tributos, restrições à liberdade física e comercial, a de contrato, trabalho, ensino, etc., nem tampouco, normas repercutindo sôbre o patrimônio das pessoas ou relativas ao seu Estado (DEVOLVÉ, bem como MAXIMILIANO, de acôrdo com DUGUIT, ESMEIN, MOREAU e jurisprudência da Côrte de Cassação da França, de 24 de outubro de 1917).

A prática das delegações emerge como regra consuetudinária. Se a nossa vida política a reconhece, e a jurisprudência a sanciona, mais vale reformar a Constitui-

---

ZACCARIA, I Limiti della delegazione legislativa et il sindicatio sulle leggidelegate nell'ordinamento italiano *in* Riv. Corti Conti, 1954, I, pág. 27.

ção, do que a violar, consagrando antes o culto da legalidade, ou então estabelecer bases mais adequadas ao poder regulamentar, ampliando legalmente a sua concretização, dentro dos limites constitucionais, porém, sempre resguardando o conteúdo intangível das Constituições.

9. *As Delegações no Ato Adicional de* 1961. — A tendência do direito constitucional é de permitir as delegações, embora dentro de um critério normativo que mantenha o contrôle do Parlamento ou do Congresso sôbre a ação do executivo. Esta orientação já vinha sendo prefigurada e adotada no regime norte-americano, presidencialista, os costumes se objetivaram nesse sentido.

No Brasil, o Ato Adicional, de 2 de setembro de 1961, instituiu o regime parlamentarista. Com esta nova organização, consolidou-se a teoria da delegação, objetivou-se a sua pragmática.

O Art. 22 do Ato Adicional prescreve :

"Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de govêrno ora instituído, mediante leis votadas nas duas casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta de seus membros.

Parágrafo único — A legislação delegada poderá ser admitida por lei votada na forma dêste artigo."

O nôvo govêrno parlamentarista não fugiu à sua responsabilidade. O segundo gabinete instaurado no país, com o *Premier* BROCHADO DA ROCHA, solicitou delegação de podêres ao Congresso.

Com a delegação se flexibiliza a administração. Entretanto, se torna necessária uma lei bem votada, regulando as diretrizes e o processo da delegação, a fim de manter a tradicional estrutura e prerrogativa do Congresso, à maneira do que realizou a técnica da Constituição italiana.