

COORDENAÇÃO

ODETE MEDAUAR

VITOR RHEIN SCHIRATO

OS CAMINHOS DO ATO ADMINISTRATIVO

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

ANTONIO RULLI NETO

BERNARDO STROBEL GUIMARAES

CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

DEMIAN GUEDES

DIEGO ZEGARRA VALDIVIA

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

JACQUELINE MORAND-DEVILLER

JULIANA BONACORSI DE PALMA

JUSTINE ESMERALDA RULLI

LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL

MARCOS AUGUSTO PEREZ

MARCOS J. T. DO AMARAL FILHO

ODETE MEDAUAR

RENATA NADALIN MEIRELES

RODRIGO PAGANI DE SOUZA

SOLANGE TELES DA SILVA

VITOR RHEIN SCHIRATO

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

OS CAMINHOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Coordenação

Odete Medauar
Vitor Rhein Schirato

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO – ANTONIO RULLI NETO – BERNARDO STROBEL GUIMARÃES –
CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO – DEMIAN GUEDES – DIEGO ZEGARRA VALDIVIA – FERNANDO DIAS
MENEZES DE ALMEIDA – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO – JACQUELINE MORAND-DEVILLER
– JULIANA BONACORSI DE PALMA – JUSTINE ESMERALDA RULLI – LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL
– MARCOS AUGUSTO PEREZ – MARCOS J. T. DO AMARAL FILHO – ODETE MEDAUAR – RENATA
NADALIN MEIRELES – RODRIGO PAGANI DE SOUZA – SOLANGE TELES DA SILVA – VITOR RHEIN SCHIRATO

© desta edição: 2012

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

ANTONIO BELINELO

Diretor Responsável

Visite o nosso site

www.rt.com.br

0645

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [11-2011]

Profissional

Fechamento desta edição [10.11.2011]



ISBN 978-85-203-4195-7

ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS: ALGUMAS QUESTÕES

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

Livre-docente e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Professor da Faculdade de Direito da USP.

RESUMO: O artigo estuda os atos administrativos normativos, no Direito brasileiro, com ênfase especial nos regulamentos, na delegação de poderes legislativos e na relação entre atos individuais e concretos e atos gerais e abstratos.

PALAVRAS-CHAVE: Atos administrativos normativos – Delegação de poderes – Legalidade.

ABSTRACT: The article studies the normative administrative acts, in Brazilian Law, with special emphasis on the "regulamentos", on the delegation of legislative powers and on the relation between individual and concrete acts and general and abstract acts.

KEYWORDS: Normative administrative acts – Delegation of powers – Legality.

SUMÁRIO: 1. Noção de atos administrativos normativos – 2. Atos administrativos normativos e legalidade – 3. Função dos regulamentos – 4. Limites da delegação legislativa – 5. A subordinação do ato individual e concreto ao ato geral e abstrato – 6. Bibliografia.

1. NOÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS

Inserindo-se em uma obra que pretende abordar aspectos – notadamente aspectos mais polêmicos segundo um ponto de vista contemporâneo – do tema clássico dos atos administrativos, o presente estudo não tem por objetivo forne-

cer uma análise abrangente dos atos ditos normativos, senão cuidar de algumas questões que o assunto desperta em face do Direito brasileiro atual.

Antes, todavia, de se desenvolverem tais questões, importa explicitar o sentido com que se está utilizando a expressão atos administrativos normativos.

Tradicionalmente – mostra-o Kelsen¹ – a doutrina jurídica enxerga a distinção entre *lei* e *ato jurídico* no suposto fato de serem possuidores, respectivamente, da função de *criar* Direito e da função de *aplicar* Direito.

Por outras palavras, a doutrina tradicional não usa reconhecer nos atos jurídicos em geral, aqui incluídos os atos administrativos, a função de criar Direito.

Nessa perspectiva, a doutrina costuma associar a noção de *norma jurídica* apenas aos atos que entende serem funcionalmente vinculados à criação do Direito, não qualificando os atos jurídicos em geral como *normativos*.

Entretanto – ainda seguindo Kelsen –, se a função dos atos jurídicos é produzir efeitos jurídicos, criando para os sujeitos envolvidos obrigações e direitos que não tinham antes, não há porque negar-lhes caráter normativo. Enfim, “todo ato na hierarquia do direito constitui, em princípio, tanto uma criação, como uma aplicação ou execução do direito”.²

É certo que a norma criada por um ato jurídico, seja unilateral ou bilateral, é de grau inferior quanto à norma que prevê a possibilidade da edição de um ato jurídico para disciplinar certa situação jurídica: esta última fundamenta a validade daquela, tanto em termos de procedimento a ser seguido, como em termos de limites do conteúdo a ser adotado. Mas aquela não deixa de ser norma, enquanto “sentido objetivo de um ato de vontade”, novamente para falar com Kelsen.³

Por outro lado, o fato de se considerar distintos atos serem *normas jurídicas* – como, p. ex., lei, contrato, ato administrativo, ato praticado por indivíduos, decisão jurisdicional – não implica estarem todos situados no mesmo grau de *universalidade* (ou, inversamente, de *individualidade*) quanto aos elementos constitutivos que lhes são próprios enquanto *proposição prescritiva*.

Com efeito, conforme as lições de Bobbio,⁴ as normas jurídicas são espécies do gênero proposição prescritiva, gênero este cujos integrantes constituem-

1. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (obs.: a citação completa dos elementos da bibliografia consultada encontra-se ao final do texto).

2. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit. p. 34.

3. Idem. p. 4-5.

4. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. p. 295.

se de três elementos: o sujeito ao qual se dirige a prescrição (*sujeito passivo*), a ação prescrita (*objeto*) e o sujeito que a emite (*sujeito ativo*).

Bobbio⁵ mostra que cada um desses três elementos pode ser considerado *universal* “se se refere a todos os membros de determinada classe”, ou *individual* “se se refere a um elemento especificamente determinado”, levando a que haja: a) quanto ao sujeito passivo, prescrições *gerais* ou *individuais*; b) quanto ao objeto, prescrições *abstratas* ou *concretas*; e c) quanto ao sujeito ativo, prescrições *coletivas* ou *personais*.

A combinação desses três pares de critérios leva Bobbio a apontar a oito tipos de prescrições normativas: 1) prescrições coletivas gerais abstratas; 2) prescrições coletivas gerais concretas; 3) prescrições coletivas individuais abstratas; 4) prescrições coletivas individuais concretas; 5) prescrições pessoais gerais abstratas; 6) prescrições pessoais gerais concretas; 7) prescrições pessoais individuais abstratas; 8) prescrições pessoais individuais concretas.⁶

Feitas essas considerações, esclareça-se que o foco deste estudo serão os *atos administrativos normativos gerais e abstratos*, ou seja, com sujeito passivo e objeto universais.⁷

5. Idem.p. 295-296.

6. De que são exemplos, dados por BOBBIO (Op cit., p. 297-298), respectivamente, 1) a maior parte das leis votadas por um parlamento (sujeito ativo universal), dirigindo-se a todos os indivíduos, ou pelo menos a todos os indivíduos de determinada classe (sujeito passivo universal), e tendo como objeto a realização de uma ação em todas as indefinidas (quanto à sua ocorrência concreta) situações nas quais o sujeito passivo se encontre em dada condição hipoteticamente estabelecida (objeto universal); 2) uma lei que convoca todos os cidadãos para um evento concreto; 3) um ato do parlamento que elege um juiz para a corte constitucional (note-se que para Bobbio aqui o caráter abstrato do objeto está em não se prescrever ao sujeito passivo uma ação concreta, mas em atribuir-lhe o poder de agir em indefinidas situações); 4) um ato do parlamento que determina a certos parlamentares procederem a uma investigação sobre as condições de trabalho de certa categoria profissional; 5) os regulamentos, editados por uma determinada autoridade (por uma pessoa individual – ex.: chefe do Poder Executivo); 6) a ordem dada por um administrador de condomínio a todos os condôminos para que façam um pagamento determinado; 7) o ato de um prefeito municipal, em face da ocorrência de uma epidemia, ordenando a determinado profissional de saúde que cumpra, sempre que verificadas certas hipóteses, condutas próprias de sua profissão, conforme as leis sanitárias (o exemplo refere-se a determinada lei italiana); 8) a sentença judicial contendo uma ordem de despejo.

7. Parece, aliás, ser esse o uso mais frequente (mais restrito) que a doutrina contemporânea dá à expressão *atos normativos*. Mais precisamente, alguns autores destacam o caráter geral e abstrato, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito*

Quanto ao sujeito ativo, é mais comum que os atos administrativos normativos sejam editados por sujeitos individuais, ou seja, por uma autoridade que corresponda a um órgão público *singular*⁸ – sendo, pois, atos *pessoais*, conforme a classificação acima exposta. Eventualmente, no entanto, podem ser editados por um sujeito ativo universal. Porém, esse não é o ponto mais relevante para as questões que serão a seguir estudadas.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS E LEGALIDADE

Usa-se afirmar – e disto não se discorda neste estudo – que, no sentido *material*, os atos administrativos normativos gerais e abstratos equiparam-se a leis.⁹

Explique-se melhor. O Estado de Direito da idade contemporânea é marcado essencialmente pela consagração da legalidade. É a legalidade o grande fundamento do Direito nessa concepção de Estado. Para empregar a fórmula sintética do art. 30 da Declaração de Direitos de Massachussets, de 1780, sempre lembrada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰ trata-se do “governo de leis, não de homens”.

A legalidade condiciona a ação dos governantes, vez que o Estado e seus órgãos só existem nos limites do Direito (e não antes ou acima do Direito). Cuida-se, nesse caso, da legalidade estrita, que impõe ao Estado a adoção de ações sempre, no mínimo, compatíveis com o Direito, mas nenhuma ação na ausência do Direito.

E a legalidade também garante a liberdade dos indivíduos. Essa afirmação aplica-se tanto no sentido de a legalidade assegurar o campo da livre ação dos indivíduos, como no sentido de a legalidade resultar de sua participação.

Os dois sentidos de legalidade no tocante aos indivíduos, aliás, remetem aos dois clássicos sentidos de liberdade: liberdade negativa e liberdade

Administrativo. p. 174, que invoca a noção de ato-regra; Romeu Felipe Bacellar Filho. *Direito Administrativo* p. 43. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo* .p. 348. Outros, no entanto, frisam mais o caráter de generalidade: Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno* .p. 142; Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, *Direito Administrativo* .p. 223; Celso Antônio Bandeira De Mello, *Curso de Direito Administrativo*. p. 337 e 343. A seu turno, Edmir Netto de ARAÚJO, *Curso de Direito Administrativo*., p. 482, dá ênfase à abstração.

8. Em que “as decisões são tomadas por uma só autoridade” (MEDAUAR, Odete. Op cit. p. 54).

9. Pioneiramente, tratando desse ponto com ênfase, ver DUGUIT (*Manuel de Droit Constitutionnel* .p. 104).

10. *Idéias para a Nova Constituição Brasileira* .p. 95.

positiva,¹¹ tema também estudado sob o enfoque de liberdade dos modernos e liberdade dos antigos.¹²

A dimensão da legalidade garantidora da livre ação individual remete primordialmente ao sentido material de lei: norma geral e abstrata. Não sendo dirigida a ninguém em especial, ou a nenhuma situação concretamente identificada, a lei é muito menos propensa a ser usada como instrumento de perseguições ou privilégios.¹³

Já a dimensão da legalidade resultante da participação dos destinatários da lei na sua elaboração remete, em primeiro plano, ao sentido formal de lei. É a lei como ato do parlamento, do colegiado de representantes do povo; ou mesmo, ainda que normalmente de pouca factibilidade, a lei fruto da participação direta do povo.

Voltando aos atos administrativos normativos gerais e abstratos, é certo, por um lado, que *materialmente* têm eles o sentido de leis, na medida em que são normas gerais e abstratas; porém, por outro lado, *formalmente* são atos de inferior hierarquia em relação às leis, devendo, portanto, fundamentar sua validade no que dispõem os atos que formalmente sejam leis.

Assim sendo, no contexto da legalidade própria do Estado de Direito, esses atos administrativos normativos ao mesmo tempo atendem ao princípio democrático, ao subordinarem-se às leis que formalmente derivam da vontade dos representantes do povo, e promovem, no plano infralegal, a existência de mais um escalão de tratamento normativo geral e abstrato.

Frisem-se, pois, duas considerações decorrentes do que se acaba de afirmar.

11. Isaiah BERLIN, "Dois Conceitos ...".

12. Sobre a clássica análise de Benjamin Constant, também com outros desdobramentos, ver Celso Lafer. "O Moderno e o Antigo Conceito de Liberdade".

13. Lembre-se, a propósito, importante passagem da obra de DUGUIT (Op cit. p. 96): "On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu'ils étaient liés par la règle générale formulée d'une manière abstraite sans considération ni d'espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l'individu s'est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants; car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d'arbitraire qu'une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance".

Em primeiro lugar, mesmo que materialmente se equiparem a leis, os atos administrativos normativos subordinam-se às leis formais, têm a sua validade fundamentada nas leis formais.

Em segundo lugar, por força de sua generalidade e sua abstração, que são, como visto, instrumentos para uma isonômica garantia da liberdade dos indivíduos, tais atos administrativos normativos conformam a edição de atos administrativos individuais e concretos.¹⁴

Dessas duas considerações, podem-se extrair três questões, pertinentes ao Direito positivo brasileiro, para serem desenvolvidas, sucintamente, neste estudo.

A partir da subordinação dos atos administrativos normativos às leis em sentido formal, cabe discutir (a) a função dos regulamentos e (b) os limites da delegação legislativa.

A partir da conformação que os atos administrativos normativos gerais e abstratos impõem aos atos administrativos individuais e concretos, cabe discutir (c) a possibilidade de a mesma autoridade que editou um ato geral e abstrato excepcioná-lo por um ato individual e concreto.

3. FUNÇÃO DOS REGULAMENTOS

No Brasil, a partir de interpretação do texto constitucional, os regulamentos são considerados como atos administrativos cuja função é disciplinar, ainda no plano geral e abstrato – porém com menor grau de generalidade e abstração do que a lei a que se referem –, os modos de execução das leis. São os ditos regulamentos de execução.

Isso é o que se extrai do art. 84, IV, da vigente Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.¹⁵

14. Neste estudo, simplificada, estão sendo utilizadas as expressões *generalidade*, *individualidade*, *abstração* e *concretude* como tipos ideais. No entanto, há que se admitir que, na realidade fática, existam graus maiores ou menores dessas características. Adote-se a forma simplificada de abordagem apenas para facilitação da exposição. De todo modo, ainda que se admita essa variedade de graus, em cada situação real, hão de ser encontrados parâmetros práticos suficientes para dizer um ato como geral ou individual e abstrato ou concreto.

15. Ver também CF/1967 c/ EC 1/69, art. 81, III; CF/1967, art. 83, II; CF/1946, art. 87, I; CF/1937, art. 11; CF/1934, art. 56, § 1.º; CF/1991, art. 48, 1º; CF/1924, art. 102, XII.

A fórmula constitucional, ainda que tradicional, não é a mais feliz no uso das palavras. Isso porque, se tomada literalmente, sugere decretos e regulamentos como elementos alternativos.

Em verdade, a compreensão adequada parece ser a de que *decreto* refere-se à forma do ato,¹⁶ enquanto *regulamento* refere-se ao seu conteúdo. Se o regulamento é expedido pelo Presidente da República – o mesmo valendo para Governadores e Prefeitos –, toma a forma de decreto, que é seu ato privativo.

Entretanto, assim como nem todo regulamento – ato administrativo normativo geral e abstrato – é veiculado por decreto (ex.: Regulamento da Corregedoria Nacional de Justiça, editado por ato do Conselho Nacional de Justiça; Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, editado por resolução da ANATEL), nem todo decreto tem por conteúdo um regulamento (ex.: diversos decretos de chefes de Poder Executivo, em geral nem numerados, mas apenas datados, dispondo individual e concretamente sobre designação de servidores para certas funções, constituindo grupos de trabalho, dispondo sobre suspensão de expediente em certos dias etc.).

Normalmente na doutrina opõem-se os *regulamentos de execução* de leis aos *regulamentos autônomos*, que também se dizem *independentes*. Tais regulamentos, típicos, por exemplo, do Direito francês, não existem no Brasil – ainda que se possa cogitar, no Direito brasileiro, de algumas situações de regulamento autônomo, em hipóteses de certo modo diversas das do Direito francês, como será visto ao final deste tópico.

Dizem-se autônomos ou independentes porque guardam completa separação funcional em relação às leis. Numa situação assim, já decorre da Constituição (p. ex., Constituição francesa, arts. 34 e 37) a separação, por matérias, entre o domínio das leis e o domínio dos regulamentos. A lei, ato do parlamento, trata de certas matérias de que o regulamento, ato do governo, não pode tratar; inversamente, o regulamento trata de certas matérias de que a lei não pode tratar.¹⁷

Na França também existe figura análoga aos regulamentos de execução das leis. Contudo, a ela não se dá o nome *règlement*.

16. MEDAUAR, Odete. Op cit., p. 143; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op cit., p. 233.

17. É certo que nessa segunda hipótese não há propriamente vedação de que a lei trate da matéria de regulamento; o que há é a regra de que, caso a lei o faça, a matéria pode ser futuramente alterada por regulamento (Constituição francesa, art. 37, segunda parte). E mais, como lembra Jacqueline MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. p. 386, não deixam os *règlements* de estar subordinados à legalidade em um sentido mais amplo: seja à constitucionalidade, seja aos princípios gerais do Direito.

Os *règlements* franceses são, portanto, aquilo que a doutrina no Brasil denomina regulamentos autônomos. Aliás, às vezes impropriamente se denominam “*decretos* autônomos (ou independentes)”: é nomenclatura inadequada, pois a autonomia ou independência não são atributos da forma do ato (decreto) e sim de seu conteúdo (regulamento).

Afirmou-se logo acima neste estudo que os regulamentos autônomos, no exato molde francês, não existem atualmente no Brasil.¹⁸ Há alguns anos, com a Emenda Constitucional 32/2001, abriu-se, todavia, nova discussão, ante a redação dada ao art. 84, VI: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

De todo modo, se aceita a noção de regulamento como ato geral e abstrato, essas duas hipóteses não cabem no conceito: à hipótese da alínea “a”, falta generalidade; à hipótese da alínea “b”, faltam generalidade e abstração. Não, são, portanto, casos de *regulamentos* autônomos. Recaem na noção geral de *reserva de administração*, ou seja, um campo temático que, por decisão política constituinte, é suprimido do alcance da lei formal. E a reserva de administração não se resume, por óbvio, à edição de regulamentos.

Ainda sobre a comparação entre regulamentos autônomos e de execução, cabe ressaltar uma situação nem sempre suficientemente notada quando se pensa, redutoramente, em regulamentos de execução *de leis*.

Tal situação diz respeito à edição de regulamentos que vêm dar execução diretamente a algum dispositivo constitucional autoexecutável.

Num caso assim, a regra constitucional já poderia – e mais, deveria – ser posta em prática pela Administração, independentemente da atuação do legislador infraconstitucional.

Ao agir para cumprir dispositivo autoexecutável da Constituição, nada impede que a Administração, para melhor organizar sua ação, estabeleça parâmetros normativos gerais e abstratos, ou seja, edite regulamentos.

Os regulamentos editados nessa circunstância não terão conexão direta com nenhuma lei, mas tão somente com a Constituição.

18. No início do Governo Vargas, o Presidente da República editava decretos com força de lei (o que não se confunde com os decretos-leis), que, ainda que sem clareza de definição constitucional, podem ser concebidos como regulamentos autônomos ou independentes.

E, em que pese não dependam de lei, tais regulamentos não comungam da mesma natureza dos regulamentos autônomos. Isso porque *potencialmente* são subordinados à lei: caso uma lei, ainda que desnecessariamente, venha a ser editada, o regulamento terá de adaptar-se também a ela.

Tais regulamentos, cuja existência, com as peculiaridades apontadas, merece ser ressaltada, têm, entretanto, a mesma natureza dos regulamentos de execução, não justificando tratamento como espécie distinta.¹⁹

Hipótese que merece análise particular, também implicando regulamentação direta de dispositivo constitucional, é a dos regulamentos ditos de urgência, cabíveis no âmbito das medidas excepcionais, previstas na Constituição, para defesa da integridade do Estado: estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal (ou estadual).

São situações que envolvem, por regra constitucional, a edição de decretos para disciplinar a execução da medida de exceção. Tais decretos, eventualmente e sob certos de seus aspectos, podem ter conteúdo regulamentar.

São exemplos de regulamentos de urgência – isto é, com caráter propriamente regulamentar – o regulamento contido no decreto de intervenção federal que, atuando no plano normativo geral e abstrato, altere regra de Direito (estadual ou municipal) violadora de princípios constitucionais ou conflitante com a execução de lei federal, nos termos do art. 36, § 3.º, da Constituição Federal; ou o regulamento contido no decreto de estado de defesa ou de estado de sítio que discipline, no plano normativo geral e abstrato, os modos pelos quais serão restritas, circunstancialmente, as liberdades mencionadas nos arts. 136, § 1.º, 138 e 139, da Constituição Federal.

Na medida em que os regulamentos de urgência incidem independentemente de lei, dando execução diretamente a norma constitucional, e, principalmente, na medida em que, nessas situações, por expressa previsão constitucional, não cabe lei para substituir ou antepor-se aos decretos, *pode-se cogitar – ainda que não seja esta uma observação usual – haver nesse caso regulamento autônomo no Direito brasileiro.*²⁰

Realmente, do ponto de vista de sua estrutura, são regulamentos autônomos: possuem um campo próprio de ação, previsto na Constituição, não sen-

19. Com esta última observação, evolui-se na ideia de sistematização proposta em MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Memória Jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*.

20. Também neste aspecto altera-se o entendimento exposto na obra referida na nota anterior.

do possível sua substituição por lei formal. De todo modo, por cuidarem de situação excepcional, ainda assim submetida, não à lei formal, mas, conforme o caso, ao posterior controle parlamentar (CF, arts. 136, § 4.º e 138, § 2.º), não guardam uma analogia exata com o *règlement* de origem francesa.

4. LIMITES DA DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

De modo relacionado ao que se acaba de dizer quanto aos regulamentos no Brasil, põe-se a questão da delegação legislativa, expressão com a qual se quer designar a delegação de atribuições que se realiza da função legislativa para a função administrativa normativa, voluntariamente pelo órgão que exerce a função legislativa.²¹

Ou seja, não se incluem no sentido de delegação legislativa as atribuições que já são definidas constitucionalmente para a função administrativa normativa, senão as atribuições que o legislador infraconstitucional decide delegar.

É usual que as leis refiram-se à adoção de regulamentos. Podem fazê-lo genericamente quanto a todo seu conteúdo (com fórmulas como: “esta lei será regulamentada...”) ou fazê-lo quanto a algum ou alguns de seus dispositivos em especial.

Neste passo, cabe distinguir duas situações: a) a lei não deixa de esgotar a matéria que se entende lhe ser própria e ainda assim prevê que haja regulamento para sua melhor execução; b) a lei intencionalmente deixa de cuidar de matéria que lhe seja própria, delegando decisões a respeito para o regulamento.

A distinção dessas situações é notada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.²²

“Se corresponder à ampliação legislativa dos poderes regulamentares de simples execução, para inovar na ordem jurídica, segundo os preceitos legais, completando-os, ante o alargamento da faculdade regulamentar, em que o arcabouço legislativo está gizado na lei e o regulamento apenas o desenvolve, não se apresenta como delegação do poder de legislar, mas como sua regulamentação. Ao contrário, se as diretrizes constantes da lei são excessivamente restritas, de maneira a competir ao Executivo, realmente, toda a obra legislativa, ante a ex-

21. Não se está tratando, no presente estudo, das delegações legislativas no sentido de atividade *formalmente* legislativa desempenhada pelo Poder Executivo, por delegação do Poder Legislativo, como é o caso brasileiro das leis delegadas (CF, art. 68).

22. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo (Introdução)*, p. 364.

clusiva enunciação da matéria, verifica-se haver delegação do poder de legislar, de outorga da prerrogativa de decretar ordenações delegadas.”

Nota-se, pelo trecho citado, que, mesmo no caso próprio de poder regulamentar, há um quê de inovação no ordenamento jurídico. Com efeito, fosse o regulamento simples repetição da lei, seria inútil. O que importa verificar, portanto, é se a tomada de decisão política que implica a criação de obrigações e direitos está presente na lei, em termos de seus contornos essenciais.

Na situação “a)” anteriormente mencionada, não há delegação. A previsão da lei, quanto à edição de regulamento, não tem o sentido de delegação de atribuições, visto que essas atribuições já decorreriam normalmente do disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal. Nesse sentido, ainda que a lei não previsse o respectivo regulamento, caberia ao Poder Executivo editá-lo. O fato de a lei prevê-lo apenas o torna necessário, vinculando a ação administrativa naquele caso.²³

Já na situação “b)”, há delegação. E aqui se põe um problema em face do atual regime constitucional.

Em que pese a Constituição Federal vigente não possua regra explícita a respeito, entende-se que decorre de seu regime a vedação à delegação legislativa, fora da hipótese da lei delegada (art. 68).

Em artigo escrito às vésperas da entrada em vigor da Constituição de 1946 – que estabelecia em seu art. 36, § 2.º: “É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições” – Victor Nunes Leal²⁴ resumia o assunto, em perspectiva da história constitucional brasileira:

“Este é um dos mais velhos e debatidos temas do nosso direito constitucional. No Império e da Primeira República, foi assunto de árduas controvérsias, mas a nossa prática aceitou o tolerou o uso das delegações legislativas.

23. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op cit., p. 363 expõe a matéria sob a rubrica “regulamentos autorizados ou delegados”, indicando, assim as alternativas de nomenclatura correntes. Talvez fosse mais apropriado convencionar-se, terminologicamente, o uso de *autorizados*, ou mesmo *vinculados*, pois se trata de algo mais que simples autorização como faculdade de agir. De todo modo, seria adequado não se falar em *delegados*, vez que não há delegação, mas exercício de atribuição que já é dada pela Constituição. O citado autor mesmo reconhece a diferença no significado dos termos ao afirmar que, nos regimes constitucionais em que há proibição de delegação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, “cumprir examinar caso por caso, para se verificar se a habilitação para decretar regulamentos *autorizados* não envolve *delegação* disfarçada do poder de legislar” [os grifos não estão no original].

24. NUNES LEAL, Victor. *Problemas de Direito Público*. p. 92-93.

Muitas vezes o Supremo Tribunal [...] afirmou a nulidade das delegações, mas contornou a situação, interpretando extensivamente o poder regulamentar do Presidente da República. O eco de tais tertúlias repercutiu decisivamente na Constituinte da Segunda República, e o princípio da proibição foi inscrito expressamente na Constituição de 1934 (art. 3.º, § 1.º). Nem seria isso de estranhar numa assembleia dominada pelo propósito de cercear os poderes do Executivo [...]

“A Constituição de 1937, inspirada no pensamento oposto, de ampliar quanto possível a liberdade de ação do Chefe de Estado, acolheu, em texto expresso também, a regra inversa, da permissão das delegações legislativas (art. 12). Os constituintes de 46 seguem o exemplo de 34”.²⁵

Sob o regime da Constituição de 1988, a doutrina entende presente implicitamente a vedação da delegação legislativa: no art. 2.º, que estabelece a independência e harmonia dos poderes; no fato de persistir a previsão da lei delegada;²⁶ e na determinação da cessação das delegações contida no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie”.

E o STF em diversas ocasiões afirma a vedação das delegações entre Poderes, salvo exceções constitucionais (leis delegadas), com base nos arts. 2.º e 68, bem com no art. 25 do ADCT. Essa vedação ora é afirmada genericamente, ora é

25. Já a Constituição de 1967 assim dispunha: “Art. 6º. São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”. Texto muito similar encontra-se também no art. 6º da Constituição após a Emenda Constitucional n. 1/69. De todo modo, a prática do regime e normas contidas em atos complementares e institucionais muitas vezes levaram à concentração de poderes legislativos na Chefia do Executivo, ainda que não necessariamente por delegação no contexto do poder regulamentar.

26. “Outrossim, a própria possibilidade de existirem ‘leis delegadas’ [...] torna óbvio que não podem existir ‘delegações disfarçadas’, procedidas indireta ou implicitamente. Com efeito, a simples previsão desta espécie legislativa demonstra, a contrario sensu, que a regra é a indelegabilidade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op cit. p. 357 – grifos no original).

afirmada em face de argumentos mais específicos, como, p. ex., o da legalidade tributária.²⁷

A questão, aliás, voltou à tona no momento em que se escrevia este estudo, acompanhando a promulgação da Lei 12.382/2011, que fixou o valor do salário-mínimo em vigor a partir de 01.03.2011, mas delegou ao Poder Executivo, por decreto, fixar o valor do salário mínimo nos anos subsequentes, até 2015, conforme índices e parâmetros já dados pela referida lei.²⁸

27. Ver, p. ex., RE 343.446, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 20.03.2003, v.u.; RE 323.137 AgRg, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 09.009.2003, v.u.; AgIn 439.713 AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 09.09.2003, v.u.; MS 22.302, rel. Min. Octávio Gallotti, Tribunal Pleno, j. 21.08.1996, v.u.

28. “Art. 2.º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.

§ 1.º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste.

§ 2.º Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.

§ 3.º Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

§ 4.º A título de aumento real, serão aplicados os seguintes percentuais:

I – em 2012, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto - PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2010;

II – em 2013, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2011;

III – em 2014, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2012; e

IV – em 2015, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2013.

§ 5.º Para fins do disposto no § 4º, será utilizada a taxa de crescimento real do PIB para o ano de referência, divulgada pelo IBGE até o último dia útil do ano imediatamente anterior ao de aplicação do respectivo aumento real.

Art. 3.º Os reajustes e aumentos fixados na forma do art. 2º serão estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O decreto do Poder Executivo a que se refere o caput divulgará a cada ano os valores mensal, diário e horário do salário mínimo decorrentes do disposto neste artigo, correspondendo o valor diário a um trinta avos e o valor horário a um duzentos e vinte avos do valor mensal”.

É verdade que esses decretos que vierem a ser editados para a fixação do salário mínimo não têm, quanto a seu conteúdo, alto grau de generalidade e abstração;²⁹ de todo modo, pode-se nesse conteúdo vislumbrar grau suficiente dessas características para que seja considerado conteúdo regulamentar: afinal, trata-se de dar exequibilidade à regra (imposição de valor mínimo do salário a ser pago aos trabalhadores) a ser observada em diversas e indefinidas situações fáticas futuras, por uma generalidade de destinatários.

Em que pese o Governo brasileiro e a maioria parlamentar estejam argumentando que a fixação de estrita regra de cálculo na Lei afasta a ideia de delegação indevida da função de legislar, há que se entender ser inconstitucional a medida.

Isso por força do disposto no art. 7.º, IV, da Constituição Federal: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender [...]”.

Ora, não apenas pela literalidade do “fixado em lei” – que não se confunde com algo como “nos termos da lei”, ou “fixado pelo procedimento a ser definido em lei”, ou “ter parâmetros fixados em lei”³⁰ –, mas sobretudo pela necessidade de se interpretar esse texto constitucional à luz da compreensão de ser do espírito da Constituição a vedação da delegação.

No caso particular, ainda há que se observar que a opção da Constituição não é politicamente neutra. A opção pela lei formal – reiterando o que mais acima se disse neste estudo – é a opção pela exigência do debate parlamentar do assunto, o que implica a sujeição dos representantes do povo a uma situação de

29. Ver acima nota de rodapé n. 14.

30. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra reiterados julgados, envolvendo a matéria de delegação legislativa, no tocante ao salário-educação. Nesses casos, o Tribunal afirmou a constitucionalidade da cobrança do salário-educação com base no Decreto-Lei 1.422/1975, questionado em face da vedação à delegação de poderes contida no art. 6º da Constituição anterior, entendendo não haver delegação, mas exercício de poder regulamentar.

O caso que é citado como principal precedente em diversos outros acórdãos é o Recurso Extraordinário n. 290.079, julgado em 17.10.2001. Dentre os argumentos de seu relator, Ministro Ilmar Galvão, encontra-se a afirmação de que “a atribuição de competência ao Poder Executivo para fixar e alterar a alíquota do salário-educação, em razão da flutuação do custo atuarial do ensino fundamental, não era arbitrária, ilimitada, verdadeiro cheque em branco, como se alega, mas sujeita a condições (critério previsto em lei) e limites (custo atuarial do ensino fundamental) também previstos em lei”.

Todavia, o presente caso do salário mínimo é diferente. A norma constitucional sobre salário-educação – seja o atual § 5.º do art. 212, seja o art. 178 da Constituição anterior – não prevê que seja “fixado” em lei, mas que sua incidência se dê “na forma da lei”.

maior pressão popular. E justamente isso é que o governo e maioria parlamentar, inconstitucionalmente, querem evitar.

5. A SUBORDINAÇÃO DO ATO INDIVIDUAL E CONCRETO AO ATO GERAL E ABSTRATO

Nos dois tópicos anteriores exploraram-se consequências da subordinação dos atos administrativos normativos gerais e abstratos à legalidade no sentido formal.

Prosseguindo agora na análise das questões acima propostas, há que se tratar de situação em que, na confrontação de dois atos normativos *formalmente* administrativos, sendo um geral e abstrato e outro individual e concreto, este há de subordinar-se àquele, o qual prevalece em razão de sua natureza *materialmente* legislativa.

Num raciocínio puramente formal, poder-se-ia supor que sendo ato posterior e especial e partindo da mesma autoridade, um ato administrativo a ser aplicado a algum indivíduo determinado em certo caso concreto pudesse excepcionar a regra posta de modo geral e abstrato por outro ato administrativo.

Seria exemplo – desse raciocínio que se mostra equivocado, frise-se – o argumento de que se um prefeito pode revogar um decreto que estabelece regras para expedição de licença para construir (ou seja, “pode o mais”), também pode excepcioná-lo num caso concreto (ou seja, “pode o menos”), expedindo uma licença em desacordo com o decreto.

Esse exemplo é extraído de um caso decidido pelo STF no início da década de 1960.³¹ Com clareza de raciocínio, Victor Nunes Leal, relator do respectivo acórdão, mostra a impropriedade da argumentação acima exposta:

“[...] dispondo qualquer autoridade de mais de uma competência legal ou constitucional, não é a origem do ato que assinala a sua categoria no ordenamento jurídico positivo, *mas a competência em virtude da qual o ato foi praticado*. O regulamento é expedido no uso da competência regulamentar, enquanto que o ato administrativo deriva da competência ordinária para gerir a coisa pública. Esta competência administrativa rotineira está evidentemente subordinada à competência para expedir regulamentos. É através desse escalonamento dos atos do Estado, dentro de uma ordem hierárquica definida, que o poder público

31. RMS 8.147, Rel. Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, j. 12.06.1961, v.u. – objeto de comentário em MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Op cit. p. 213-215).

se autolimita, princípio esse fundamental para garantia dos direitos individuais e boa ordem da administração” (grifo no original).

Essa mesma ideia, Victor Nunes Leal já desenvolvera em estudo doutrinário,³² demonstrando que mesmo em situações nas quais uma mesma autoridade acumule competências diversas para a prática de atos jurídicos, o critério para a hierarquização dos atos no ordenamento jurídico – isto é, o critério para que uns fundamentem a validade de outros – é a competência em razão da qual são praticados, e não a identidade de seu autor.

Victor Nunes Leal lembrava a concentração de poderes do Presidente da República em certos períodos do regime do Estado Novo, sob a Constituição de 1937, em que não se reunia o Congresso Nacional, períodos nos quais o Presidente detinha não apenas o Poder legislativo (por meio de decretos-leis), mas também o poder constituinte de reforma (havendo editado algumas “leis constitucionais”).

Argumentava, então, *ad absurdum*, que o não reconhecimento da distinção da natureza dos atos presidenciais conforme a competência em que se fundamentavam levaria à conclusão de que nenhum ato praticado pelo Presidente jamais seria inconstitucional, nem passível de controle de constitucionalidade, pois, tendo o Presidente a prerrogativa de editar “leis constitucionais” (emendando a Constituição), poderia também excepcioná-la em casos concretos.³³

Como já observado, a generalidade e a abstração dos atos normativos – tanto os formalmente legislativos, quanto os formalmente administrativos – são instrumentos para uma isonômica garantia da liberdade dos indivíduos.

Importante consequência a ser extraída dessa constatação, no plano da função administrativa, é a da impossibilidade de um ato geral e abstrato ser excepcionado por um ato individual e concreto, ainda que este viesse a ser editado por autoridade competente para revogar aquele.

Com essas questões propostas e respondidas neste estudo, se quer fixar, em suma, a ideia de que os atos administrativos normativos gerais e abstratos fundamentam sua validade na legalidade formal – salvo, como visto, casos em que o fundamento vem diretamente da Constituição –; entretanto, comungan-

32. Op cit., p. 57-91.

33. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* .p. 190) desenvolvem o tema da proibição das derrogações singulares dos regulamentos como uma diferença substancial entre os regulamentos e as leis. Lembre-se também a posição de CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. p.56), tratando do princípio da “inderrogabilidade singular do regulamento”.

do da mesma materialidade das leis, os atos administrativos normativos gerais e abstratos são, a seu turno, fundamento da validade de atos administrativos individuais e concretos.

A legalidade – tanto no sentido formal, como no sentido material – e, no âmbito da função administrativa, a existência de atos normativos gerais e abstratos a fundamentarem a validade de atos individuais e concretos, são elementos essenciais do Estado de Direito.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo (Introdução)*. 3.^a ed., mantendo o texto da 2. ed., de 1979). São Paulo: Malheiros, 2007. vol. 1.
- BERLIN, Isaiah. *Dois Conceitos de Liberdade. Quatro Ensaio sobre a Liberdade*. Trad. por Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho* (trad. Alfonso Ruiz Miguel). Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, t. II. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditions Panthéon Assas, 2007 (edição fac-similar de Paris: Fontemoing, 1923. 4. ed.).
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idéias para a Nova Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Madrid: Thomson-Civitas, 2008 (14. ed.).
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. João Baptista Machado). Coimbra: Arménio Amado, 1962. vol. 1.
- _____. *La Théorie Juridique de la Convention. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n. 1-4 (10^e année). Paris: Recueil Sirey, 1940.

LAFER, Celso. O Moderno e o Antigo Conceito de Liberdade. *Ensaio sobre a Liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: RT, 2010

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Memória Jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

_____. Considerações sobre a “regulação” no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. vol.12. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUNES LEAL, Victor. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.