

A Eficácia do Decreto Autônomo no Direito Brasileiro ¹

Denis Borges Barbosa (1997)

A Eficácia do Decreto Autônomo no Direito Brasileiro	1
Da vicissitude dos decretos	1
A ideologia e a prática do poder presidencial	5
O decreto e o regulamento	7
Regulamento para fiel execução e Diretiva de Autolimitação do Poder Discricionário	9
Diretivas de autolimitação e delegações legislativas	10

Da vicissitude dos decretos

A essência da questão em análise é a hipótese de um decreto que não se conforma à letra da lei autorizativa, ao criar um discrímen nela não especificamente autorizado. Assim, o decreto, aplicando a autorização legal, deveria subordinar-se total e literalmente à letra da lei. Para mais consagrada doutrina, qualquer decreto é reservado, limitado e controlado pelo texto da lei.

Temos aqui, quando começamos a enfrentar a questão jurídica da natureza dos decretos, de lembrar um egrégio desencantador de discursos: Gaston Bachelard ². O epistemólogo francês ensina que o processo de conhecimento encontra certas resistências, as quais têm muito em comum com as barreiras com que se depara o psicanalista em sua pesquisa da subjetividade.

Assim é que o físico encontra, para chegar aos conceitos mais abstratos, a dificuldade de eliminar de seu raciocínio o fascínio pela materialidade dos objetos - a lenda de Newton e de sua maçã o perseguem. O sensível, o tangível, o imediato, desviam seu discurso, resistem à conceituação, ao processo de abstração. A evolução da Ciência fica freqüente e longamente sustada por resistências mínimas, irrelevantes, cujo poder só se explica por uma psicanálise do conhecimento.

¹ Após conclusão deste estudo, a Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001 modificou o art. 84 da Carta permitindo ao Chefe do Executivo “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”. Assim, dando poder discricionário ao executivo, permite fixação – e limitação – de tal poder em decreto.

² Bachelard, Gaston, O novo espírito científico, 3a ed. - São Paulo : Nova Cultural, 1988.

Quando se observa a evolução do conceito de Poder Regulamentar, em Direito Administrativo, a lembrança de Bachelard é inevitável ³. Resistências enormes surgem, especialmente, após períodos de ditadura ou restrição constitucional, à noção de decreto como um mecanismo juridicamente neutro. Como uma forma de manifestação da vontade administrativa que não tem, por si só, conteúdo ditatorial ou opressor.

Mas é o cunho ditatorial do decreto que sobreleva à doutrina constitucional recente. Tal noção, subjacente à tendência doutrinária de restringir o decreto ao regulamento, e este à expressão subordinada da lei, pode ser vista do textos de juristas da mais elevada competência ⁴. Num exemplo precioso, leia-se o que diz José Alexandre Tavares Guerreiro:

Um dos traços peculiares de nossa experiência política, ao longo do tempo, vem sendo, justamente, o desequilíbrio dos poderes, evidenciado sobretudo pela hipertrofia do executivo, uma espécie de disfunção congênita e incurável de um organismo periodicamente acometido de crises constitucionais e cronicamente debilitado pela patologia do autoritarismo presidencial, não raras vezes degenerado em incoercíveis estados ditatoriais. Sintoma característico desta moléstia nacional é, precisamente, a frequência dos excessos regulamentares.

Geraldo Ataliba, que acusa os propugnadores do regulamento autônomo de “arautos da teoria do “Executivo Forte”, da literatura italiana do período fascista, alemã da época nazista ou francesa de todas as épocas”, confessa:

“o subscritor destas linhas foi levado a escrever, com dureza de palavras, dois trabalhos para tentar denunciar o mau uso do direito comparado, combater os regulamentos

³ Sem pretender esgotar a alentada bibliografia sobre a questão, coube-nos recorrer a Leite, Luciano Ferreira: O regulamento no Direito Brasileiro São Paulo- ed. Revista dos Tribunais, 1986; Gasparini, Diógenes, Poder Regulamentar, 2ª edição São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1982; do mesmo autor, Direito Administrativo São Paulo, ed. Saraiva, 1989; Gonçalves, Emílio O Poder Regulamentar do empregador: o regulamento do pessoal na empresa São Paulo, ed. Ltr, 1985; Leal, Victor Nunes, Problemas de Direito Público Rio de Janeiro, ed. Forense, 1960; Ataliba, Geraldo: Decreto Regulamentar no sistema brasileiro, Revista de Direito Administrativo, vol.: 97, pág. 21 à 33; Meirelles, Hely Lopes Direito Administrativo Brasileiro São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1991; Duarte, Clencio da Silva: Regulamentos independentes Revista de Direito Público, vol:16, pág: 89 à 95; Silva, Carlos Medeiros O Poder Regulamentar e sua extensão Revista de Direito Administrativo, vol.: 20, ano: 1950, mês: abril/jun.; Sundfeld, Carlos Ari: Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos: limites da lei e do decreto regulamentar. Revista de Direito Público, vol.: 97, ano: 1991; Motta, Amílcar: Poder Regulamentar: natureza jurídica, conteúdo, espécies, efeitos, limites e eficácia Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, vol.: 30 Parecer Normativo nº 2, pág.: 373 à 382; Velloso, Carlos Mário da Silva: Do Poder Regulamentar Revista de Direito Público, vol.: 65, ano: 1993, pág.: 39 à 76; Barroso, Luís Roberto: Disposições constitucionais transitórias; delegações legislativas; poder regulamentar. Revista de Direito Público, vol.: 96, ano: 1990, mês: out./dez, pág.: 74 à 77; Cretella Júnior, José: Comentários à Constituição Federal Brasileira de 1988 vol.: V, pág.: 2896 à 2901; Mello, Celso Antônio Bandeira: Elementos do Direito Administrativo Discricionariedade e Legalidade, cap.: 08, pág.: 284 à 298 São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1991; Mello, Celso Antônio Bandeira: Poder Regulamentar e Legalidade Revista de Direito Público, vol:4, ano: 1993, pág.: 71 à 77; Wald, Arnoldo: Ato vinculado e direito adquirido: limitações ao Poder Regulamentar Revista dos Tribunais, vol.: 664, ano: 1980; Martins, Augusto Henrique Werneck: Reflexões acerca do Poder Regulamentar: Propostas à Constituinte, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol.: 40, ano: 1988; Ferreira, Sérgio de Andréa: Poder Regulamentar Boletim de Direito Administrativo, ano: 1988, mês: agosto; Medauar, Odete: Poder Discricionário da Administração, Revista dos Tribunais, vol.: 610; Guerreiro, José Alexandre Tavares: Regulamento e seus pretextos, Revista Trimestral de Direito Público, vol.: 1, ano: 1993; Mukai, Toshio: Vedação constitucional de se legislar por portarias, resoluções e outros atos normativos de terceira categoria ADCOAS, Boletim Legislativo, nº 2, ano: 1992, mês: janeiro; Hauriou, André: A utilização em direito Administrativo das regras e princípios do direito privado, Revista de Direito Administrativo, vol.: 1, fasc.: 2, pág.: 465 à 473, ano: 1945, mês: abril; Esmein, A: Eléments de Droit Constitutionnel: Français et comparé Paris, ed.: Recueil Sirey, , 1914; Moreau, Jean Louis, La fonction publique Paris, ed.: Générale de Droit et Jurisprudence, 1987; Hauriou, André Droit Constitutionnel et politiques Paris, ed.: Motchrestien, 1970; Hauriou, Maurice Droit Administratif 4ª edição, 1938.

⁴ Luís Roberto Barroso, Bandeira de Mello, Vítor Nunes Leal, Geraldo Ataliba, Celso Ribeiro Bastos, Michel Temer, Carlos Mário Velloso, *opi. cit.* manifestam, em maior ou menor grau, o cunho ideológico de sua rejeição aos decretos de cunho autônomo. Expressão curiosa desta tendência é o artigo de Augusto Werneck, citado, em que, assumindo como historicamente verdadeiro o teor autoritário do decreto, propõe como solução que se incorpore o poder legisferante do executivo ao texto da Carta, como dado constitucional inevitável.

autônomos (...) O momento presente da experiência brasileira é melancólico, no que ao tema concerne. Abusos do Executivo, tolerância do Judiciário, penetração de uma literatura superficial (...).”⁵.

Sem nenhuma contestação à realidade histórica a que se refere o Tavares Guerreiro, há que se notar, de outro lado, que tal justo furor contribuiu enormemente para a incerteza científica com que a nossa doutrina trata a questão dos decretos do executivo. Deve-se enfatizar, em ressalva à qualidade metodológica dos juristas brasileiros, especialmente os posteriores à Carta de 1988, que o fantasma do Poder Regulamentar não é nem atual, nem nativo.

A questão é recorrente, e deriva do atrito inevitável entre os poderes, cuja convivência *harmônica* é uma utopia na materialidade da Histórica. A dialética e o equilíbrio dinâmico, mas difícil, entre o Legislativo e o Executivo, esta sim é a realidade⁶.

Esmein⁷, escrevendo antes da 1ª Guerra Mundial, data da Revolução de 1830, que se sucedeu aos excessos de Carlos X, o início da rejeição ao *regulamento autônomo*, expressão autóctone do poder legisferante do executivo. O Rei, valendo-se de uma cláusula final do texto constitucional (“*réglements et ordonnances nécessaires pour l’exécution des lois et pour la sûreté de l’État*”), lançou uma série de normas *extra legem*, que afrontara os sentimentos democráticos da época.

Em reação a tais fatos, a constituição francesa imediatamente subsequente fixou uma redação mais restritiva do poder regulamentar. O dizer quanto à segurança do Estado, como fundamento do regulamento independente, foi ostensivamente suprimido. Enfatizou-se literalmente a proibição de o regulamento inovar ou contradizer a lei⁸.

Porém o pêndulo logo voltou-se em favor de uma função mais presente do Executivo, e a partir da de 1848 o texto passou a ser breve e genérico (“o chefe do executivo ... assegura a execução das leis”). Com a Constituição de 1958⁹, chegou-se ao fim de uma longa evolução no sentido de um equilíbrio entre as funções legisferantes do executivo e do legislativo¹⁰.

⁵ Prefácio, in Luciano Ferreira Leite, *op.cit.*

⁶ Note-se que a discussão constitucional dos papéis do executivo e do legislativo não parece terminar nunca. Mas, ao contrário da postura ideológica da doutrina brasileira, a discussão constitucional americana é essencialmente dialética, levando em conta que qualquer dos dois poderes pode, e tende, a se sobrepor ao outro, como se vê de um recente acórdão: “While it is true that “the debates of the Constitutional Convention, and the Federalist Papers, are replete with expressions of fear that the Legislative Branch of the National Government will aggrandize itself at the expense of the other two branches,” Buckley v. Valeo, 424 U. S. 1, 129 (1976), the Framers also expressed concern over the threat of expanding presidential power (...) No doubt, Article I’s assignment to Congress of the power to make laws makes the Legislative Branch the most likely candidate for encroaching on the power of the others. But Article II gives the President means of his own to encroach, and indeed we have been forced to invalidate presidential attempts to usurp legislative authority, as the Buckley Court recognized: “The Court has held that the President may not execute and exercise legislative authority belonging only to Congress.” Buckley, supra, at 123 (citing Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579 (1952)). Weiss v. United States, Supreme Court of the United States, No. 92-1482 Eric J. Weiss, petitioner v. United States Ernesto Hernandez, petitioner v. United States, On Writ Of Certiorari To The United States Court Of Military Appeals [January 19, 1994] Justice Souter, concurring.

⁷ *Op.cit.*, p. 677 e seg.

⁸ Assim, factualmente errada a idéia de Geraldo Ataliba de entender que o Direito francês “de qualquer época” esteve a favor dos regulamentos autônomos.

⁹ Hauriou, Droit Constitutionnel, *op.cit.*, p. 893 e seg.

¹⁰ Não se perde de vista a complexidade das funções governamentais francesas, com os papéis contrastantes do Gabinete e do Presidente, e suas respectivas fontes de legitimação democrática, tendo direta relação com o exercício do poder regulamentar em suas várias facetas históricas.

Sem qualquer imputação de autoritarismo ou de carência democrática, o regime francês atual supera, de muito, o que se considerava abusivo no tempo de Carlos X. O campo de ação normativo do Legislativo é limitado a um *numerus clausus*, ficando o executivo livre para expressar-se com suas normas no espaço nele não incluído.

No dizer de Hauriou, o Legislativo tem um domínio *reservado, limitado e controlado*¹¹. Em exata réplica ao papel - não do Legislativo - mas do regulamento brasileiro, no sentir de Diogo de Figueiredo. Igual o papel, mas contrário em seus agentes.

Tomando o exemplo americano, entre o das grandes democracias de nossos dias, vai-se encontrar outra versão inteiramente diversa do Poder Regulamentar. Na análise intensamente dialética de Jackson, em seu voto no famoso caso *Youngston Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)¹², o Ministro da Suprema Corte enfatiza que os poderes presidenciais quanto ao Poder Regulamentar não são fixos, mas flutuam, dependendo da conjunção de sua competência com a do Congresso. Acompanhemos tal análise:

“1. When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate.

2. When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or quiescence may sometimes, at least as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility. In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law.

3. When the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb, for then he can rely only upon his own constitutional powers minus any constitutional powers of Congress over the matter. Court can sustain exclusive Presidential control in such a case only by disabling the Congress from acting upon the subject. Presidential claim to a power at once so conclusive and preclusive must be scrutinized with caution, for what is at stake is the equilibrium established by our constitutional system.”

A análise clássica de Jackson pressupõe que o Executivo tenha uma fonte de autoridade própria para sua manifestação de vontade de caráter normativo. Que não seja ele, total e

¹¹ Op.cit., p. 893.

¹² Lockhart, Kamisar, Choper e Schiffrin, *Constitutional Law*, 1991, p. 171. Trata-se da intervenção do Presidente da República em greve no setor siderúrgico, através de decreto sem apoio direto em lei do Congresso. A questão foi decidida (contra a constitucionalidade do decreto autônomo) levando-se em conta uma manifestação anterior do Congresso negando tal poder ao Executivo em caso comparável. Na análise de Jackson, o exercício do poder regulamentar em tal caso recairia na terceira hipótese, quando se deveria desconfiar ao máximo da constitucionalidade da medida. Vide Tribe, *American Constitutional Law*, 1988, p. 239 e seg. A importância da decisão em *Youngstown* é de afirmar que, na esfera interna, onde o poder do executivo sempre foi mais limitado, a simples negativa de conceder autoridade de ação, pelo *silêncio* do legislativo, implica em inconstitucionalidade da ação do Presidente.

completamente, sujeito à vontade da lei oriunda do Legislativo. Que haja uma esfera de poder própria ao Executivo, a qual legitime uma parcela da função legislativa a ser desempenhada pelo Presidente por direito próprio¹³. Em especial, no caso de inércia do Legislativo, ou, no dizer do magistrado, *congressional inertia, indifference or quiescence*.

Neste vácuo legislativo, o exercício dos poderes do Executivo se dá como um imperativo de fato: *any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law*. O Executivo tem o dever de enfrentar os imponderáveis do cotidiano através de seus instrumentos próprios¹⁴.

O magistério de Jackson afirmou-se na doutrina constitucional americana. Num exemplo recente, a Suprema Corte aceitou o exercício normativo autônomo pelo Executivo no tocante à transação com o Irã no episódio da libertação dos reféns, considerando que tal hipótese recairia no segundo caso de Jackson¹⁵. Tal reforço no papel do Executivo levou Tribe a constatar que a Suprema Corte parece ansiosa em admitir o crescimento dos poderes presidenciais¹⁶.

Exercício pleno de democracia e mecanismos flexíveis de harmonia entre os poderes - tanto no caso francês como no americano. Ao contrário do que alegava Geraldo Ataliba, não tratam os exemplos aqui trazidos da Itália fascista, da Alemanha nazista, ou da França de Petain. Assim, não parece intrinsecamente autoritário ou antidemocrático seja o sistema francês, seja o americano, de interpretar o alcance do poder regulamentar.

A ideologia e a prática do poder presidencial

Não se postula, evidentemente, que as idiossincrasias do sistema francês ou do americano, em toda sua singularidade histórica, sejam tomadas como parâmetro para a análise constitucional brasileira. O que se enfatiza é, uma vez mais, a neutralidade do decreto em si, como instrumento de manifestação de vontade do Executivo: dá-lhe a História várias funções, de expressão legisferante originária até como meio de aplicação meramente derivado, em absoluta subordinação à lei.

Ora, o estatuto constitucional do regulamento não se alterou, textualmente, nas últimas Cartas. Os autores, que viam possível o regulamento autônomo na Carta de 1967, não teriam razões textuais de mudar sua perspectiva em face da nova Constituição, não fora por uma resistência bachelardiana: o medo de uma prática autoritária rediviva¹⁷.

Note-se que, ainda que numericamente minoritários, são autores de monta que afirmam a possibilidade de um regulamento autônomo. Citam-se Hely Lopes Meirelles, Sérgio

¹³ No sistema americano, os poderes próprios do Presidente são maiores no campo das relações externas, e contidos na área interna. Tribe, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁴ Não o priva destes poderes, na esfera própria de sua competência, o dizer constitucional (Art.II, Section 3) segundo o qual "he shall take care that the laws are faithfully executed". A exata réplica da cláusula constitucional nossa: 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 Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981). Também em Haig v. Agee, 453 U.S.280 (1981).

¹⁶ *Op.cit.*, p. 243.

¹⁷ Com exceção, talvez, no tocante aos chamados regulamentos de organização, como afirma, por exemplo, Carlos Ari Sundfeld, *op.cit.* A mudança legislativa consistiu na introdução de uma cláusula final no dispositivo relativo aos poderes presidenciais de estruturar a organização da Administração, *na forma da lei*.

Ferraz, Francisco Campos, Bonifácio Fortes e Gonçalves de Oliveira Sérgio Andréa Ferreira ¹⁸. Num estudo específico, Clencio da Silva Duarte ¹⁹.

Tal entendimento ecoou no seio da advocacia pública. Assim é que, em Parecer Normativo datado de 1975 ²⁰, a Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, no magistério de Amilcar Motta, entendia subsistente regulamento mesmo após revogação da lei regulamentada.

Enfatize-se que nunca se postulou, mesmo entre os defensores do regulamento autônomo, a possibilidade de exprimir a vontade do executivo *contra legem*, através de ato regulamentar ²¹. Em geral, a expressão normativa do executivo é apenas entendida possível nos casos de *congressional inertia, indifference or quiescence* de que falava Jackson. Nunca, assim, se postulou o exercício de regulamento independente em desafio frontal à manifestação do Legislativo, no âmbito de sua competência.

De outro lado, como nota, numa das mais brilhantes análises da questão, Geraldo Ataliba ²², não parece razoável a possibilidade de um decreto regulando comportamento *inteiramente* estranho à Administração ²³. Não se regulamenta o Código Civil; nunca se chegou a fazê-lo em nossa história. A razão disto é simples: não cabe, como é óbvio, regulamentar o que não se cumpre executar ²⁴.

Assim, são os desmandos da Administração, e não os do decreto, o objeto real da insurgência da doutrina pátria: maior o Estado, maior o poder de seus agentes, e mais eficaz será o decreto para jungir, *através do comportamento dos agentes subordinados*, a repercussão do aparelho do Estado sobre os administrados. Assim, não espanta que a maior parte da elaboração doutrinária sobre a excessividade dos decretos nasça no campo tributário.

Curiosamente, o justo (mas equívoco) furor contra os regulamentos independentes, que persiste na doutrina após tantos anos de plena prática da Democracia, poupa, em grande parte, o caudaloso exercício normativo do Presidente da República através de medidas provisórias. Num contexto em que se agudiza a *inércia, indiferença ou assentimento passivo* do Congresso, e a repetição incoercível das medidas provisórias, implanta-se, à sorrelfa, um sistema próximo ao francês. É de se perguntar, ecoando Luís Roberto Barroso ²⁵ : por que não uma Constituição para valer?

Aparentemente, a questão do decreto inteiramente subordinado à lei só assombra, no atual regime constitucional, o Executivo estadual e municipal. É um fantasma localizado, o que surge no caso vertente.

¹⁸ Respectivamente, Direito Administrativo Brasileiro, 1993, p. 157; Três Estudos de Direito, 1977, p. 119; Poder Regulamentar, RDA, vol. 80, p.376; “O Poder Regulamentar”, RF 199/377; RDA 42/471; Direito Administrativo Didático, Forense, 1981.

¹⁹ Op.cit.

²⁰ Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, vol. 30.

²¹ Com exceção, outra vez, do caso dos regulamentos de organização, na vigência da Carta de 1967, como este autor teve ocasião de sustentar em seu voto vencedor de 12 de janeiro de 1988, no Conselho Nacional de Seguros Privados, no tocante à própria estrutura do Conselho, fixada por decreto-lei e posteriormente modificada por regulamento. Sob a Carta de então, parecia intrinsecamente executiva a capacidade de organização da Administração, exercitável pois por decreto. Vide, quanto ao ponto, Sundfeld, *op.cit.*

²² *Op.cit.*, p. 27.

²³ No entanto, vide Diógenes Guasparini, Poder Regulamentar, *op. cit.*, p. 55 e a doutrina nele citada.

²⁴ Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, tomo III, p. 124.

²⁵ Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, vol. 39, 1987.

O decreto e o regulamento

Se nos estendemos ao examinar as resistências doutrinárias à utilização do decreto, foi exclusivamente para apontar o pouco cuidado científico que se tem dedicado à consideração do que é tal instrumento, em si mesmo. Mais precisamente, a consideração do decreto *utilizado no seu campo próprio*, que é o interior da Administração do Poder Executivo.

Prossigamos em nosso processo de desencantação do discurso doutrinário. Jean Rivero²⁶, refere-se ao Poder Regulamentar como *le pouvoir de statuer par voie générale, accordé à des autorités autres que le parlement*. Assim, não se identifica o regulamento *para fiel execução* e o exercício do poder regulamentar; aquele, subordinado, determinado pela lei; este, manifestação de um poder de prescrever genericamente, seja por regulamento de fiel execução, seja por direito próprio²⁷.

Pois que *decreto* e *regulamento* são instrumentos que não se identificam. É um truísmo, ainda que enfarruscado pelo embate ideológico, que há decretos sem conta que nada têm de regulamentar. Todos aqueles que constituem situações individualizadas - como os de concessão de benefícios, direitos ou vantagens - claramente são decretos, e nada têm de regulamento. São *atos condição*, no dizer de Duguit, manifestação de vontade administrativa de caráter pontual, individualizado, que reconhecem a existência de pressupostos previstos no sistema jurídico, e exercem poder vinculado *ou discricionário*, subjetivando a hipótese legal.

A obscuridade ideológica voltaria, ao se argumentar que a condição subjetivada resulta necessariamente de lei. Com efeito, mas na concessão de prêmio, comenda ou incentivo, o conteúdo discricionário do decreto avulta. É ressabido que o exercício do poder discricionário igualmente resulta da lei, por *atribuição de poderes* ao agente, que deve ponderar a conveniência e oportunidade do ato, jungido aos *fins* e *parâmetros* da ação que lhe é incumbida.

O pior efeito da confusão ideológica, porém, é a confusão entre *regulamento* e *decreto normativo*. Parece claro que não é a Constituição que incorre em tal confusão, pois menciona entre as funções presidenciais “expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Não será por imperfeição de estilo, ou mera repetição histórica, que o texto constitucional menciona “decreto” e “regulamento”. Fica evidente, nas oito vezes que a Carta menciona a figura do decreto, que nem todos os decretos são regulamentares.

Com efeito, ao indicar que ação presidencial se fará por iniciativa do Executivo, a Carta designa como *decreto* o ato que determinará a intervenção (art. 36 § 1o.), o Estado de Sítio (art. 138) e o Estado de Defesa (art. 136 § 1o.). O conteúdo de tais decretos certamente não é nem regulamentar, nem puro *ato condição*:

“O decreto de intervenção, que especificará a *amplitude*, o *prazo* e as *condições de execução* e que, se couber, nomeará o interventor (...)”

“O decreto que *instituir* o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, *as medidas coercitivas a vigorarem* (...)”

²⁶ Droit Administratif, Dalloz, 1990, no. 62

²⁷ Assim, também Toshio Mukai (*op. cit.*, p.22) se submete às injunções ideológicas do mito regulamentar, ao encontrar no art.49, inciso V, da Carta uma proibição do exercício de direito próprio - pois poderá o Congresso com base em tal dispositivo sustar os atos que *exorbitem o Poder Regulamentar*. O ilustre autor reduz o Poder Regulamentar ao exercício do regulamento *para fiel execução*.

“O decreto do estado de sítio indicará sua duração, *as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas*, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.”

Todos estes decretos instrumentam poderes próprios do Chefe do Executivo, sob um complexo sistema de *checks and balances*. Em cada um destes casos, o Executivo pode agir e baixar normas sem prévia e específica autorização do Legislativo, que aliás nem tem poderes para proibir, *ex ante*, a decisão presidencial. Lembrando uma vez mais Jackson, “*When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers*”.

Assim, parece claro que no nosso sistema constitucional, pelo menos o Presidente da República tem poderes independentes, derivados diretamente da Constituição, para baixar decretos de cunho normativo, sem natureza regulamentar.

Mas não nos restringimos às medidas de exceção; a distinção entre decretos e regulamentos se encontra em outras fontes constitucionais. No seu art. 87, a Carta trata de uma relação menos ideologicamente carregada que a do rol de poderes presidenciais - a atribuição dos ministros. Assim são eles definidos:

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar *os atos e decretos* assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções *para a execução das leis, decretos e regulamentos*; (...)

Também aí não é possível, sem séria contaminação ideológica, entrever simples falta de estilo ou de imaginação do texto constitucional. Parece claro que entre os atos do Presidente da República haverá *decretos e regulamentos*, mesmo porque (ensina Cretella²⁸) “a forma tradicional é redigir regulamento em texto separado e baixar-se decreto que o aprove”. Nem todos os decretos serão regulamentos, ou a Carta não os distinguiria uma vez mais.

Porém a mais útil conclusão a se retirar do art. 87 é que *nem todos os decretos normativos são regulamentares*. Com efeito, se pode o Ministro baixar instruções para a execução de um decreto, que não seja regulamento, certamente tal decreto terá cunho normativo; não se conceberá a expedição de instruções para um decreto que tenha a natureza de ato condição.

Se não são regulamentares, ou seja, derivados e subordinados *diretamente* à lei, promovendo sua fiel execução, que decretos normativos serão estes?

O exemplo dos decretos de desapropriação²⁹, de intervenção, de sítio e de estado de defesa aponta o caminho: o decreto normativo de caráter não regulamentar é o instrumento pelo qual o Executivo manifesta vontade como resultado de poderes próprios, os quais podem ter (nos três últimos casos) conteúdo *prescritivo, geral e impessoal*. Em cada uma destas hipóteses, a base do poder é a Constituição, ela mesma.

Mas a fonte do poder do Executivo pode ter hierarquia infraconstitucional, e nem por isso o ato pelo qual o Presidente, Governador ou Prefeito terá natureza necessariamente subordinada.

²⁸ *Op.cit.*, p. 2897.

²⁹ A Constituição também se refere, entre os atos próprios do Presidente, aos decretos desapropriatórios (art. 184 § 2o.)

Regulamento para fiel execução e Diretiva de Autolimitação do Poder Discricionário

Com efeito, sempre que a lei dá a uma autoridade um poder discricionário, de agir segundo uma avaliação de conveniência e oportunidade, este poder de agir deverá ser exercido de alguma forma. No nosso sistema constitucional, o instrumento de que dispõe o Chefe do Executivo para manifestar sua vontade, *inclusive quando exercitando poder discricionário de fundo infraconstitucional*, é o decreto.

Nem se pode postular - como na verdade ninguém o fez - que o atual texto constitucional vede o exercício do poder discricionário. Nem se firmou jamais que a manifestação do poder discricionário deva ser necessariamente subjetiva, pontual, expressa em cada caso por um ato condição. A oportunidade e conveniência, objeto da avaliação do agente público, não será tão fugaz, tão individualizada, tão subjetiva, que só comporte uma manifestação única, inaugural, irreduzível a um parâmetro, ainda que tentativo.

Note-se, aliás, que mesmo no caso de regulamento para fiel execução, a possibilidade lógica de baixar tal regulamento presume alguma parcela de escolha discricionária entre as hipóteses do comando legal. É um truísmo a mais do Direito Administrativo ³⁰. Não fora assim, e o conteúdo dos regulamentos de fiel execução seria o recomendado pelo Barão de Itararé: “Artigo único - .Cumpra-se a lei”.

Mas o que ressalta do bom senso e da prática cotidiana é que as atividades de cunho efetivamente discricionário podem ser objeto de decreto *por direito próprio*. Jean Rivero indica a existência, no âmbito do Direito Administrativo Francês, desta margem de manifestação geral e prescritiva, sem caráter de *regulamento de fiel execução*, nem de *regulamento independente*:

“En marge des lois et règlements, les “directives” adoptées par une autorité investie d’un pouvoir discrétionnaire posent, elles aussi, des principes relatifs à l’usage qu’elle entend faire de ce pouvoir, mais réservent la possibilité de les écarter, compte tenu des cas d’espèce. Ces attitudes, qui tendent à substituer à la légalité traditionnelle une légalité “souple”, moins contraignante pour l’administration, répondent à certaines nécessités dont la jurisprudence tient compte (...)” ³¹.

Não se restringe ao Direito Francês a noção de diretivas de autolimitação ao poder discricionário. Com efeito, teve o subscritor ocasião de sustentar, perante o Supremo Tribunal Federal, a compatibilidade com o sistema constitucional pátrio de uma egrégia diretiva de aplicação do poder discricionário, o Ato Normativo no. 15 do INPI, que regulou por mais de quinze anos a transferência de tecnologia no Brasil.

A nossa excelsa corte, em longo e minucioso acórdão relatado pelo Ministro Oscar Dias Correia ³², enfrentou exatamente a insurgência de impetrante contra atos fundados no Ato Normativo em questão, alegando a violação dos limites do regulamento para fiel execução. No acórdão unânime, o Supremo identificou na norma legal de regência do controle de transferência de tecnologia uma inegável atribuição de poder discricionário,

³⁰ Diz Luciano Ferreira Leite, *op.cit.*, p. 31: “Decorre a discricionariedade regulamentar, de autorização contida no comando das normas legais. Nessa hipótese, escolhem as autoridades administrativas uma ou mais, dentre uma pluralidade de soluções contempladas na lei” Idêntico entendimento tem Celso Antônio Bandeira de Mello: “A matéria do regulamento, seu objeto, é a disciplina das situações em que cabe discricionariedade administrativa no cumprimento da lei, da qual resultariam diferentes comportamentos administrativos possíveis”, Ato Administrativo e direitos dos administrados, Ed. RT, 1981, p. 91.

³¹ *Op. cit.*, p. 107.

³² RTJ 106/1057, decisão de 5 de agosto de 1983

sem que a diretiva de autolimitação ficasse sujeita à pecha de incompatibilidade constitucional.

O que fez a Corte Suprema foi contrapor os elementos da diretiva em face dos propósitos da lei autorizativa, para sopesar a compatibilidade da expressão prescritiva e geral do poder discricionário com os fins gerais da norma do Poder Legislativo, concessiva de autorização. A razoabilidade da diretiva, em face do propósito da lei, e a óbvia mutabilidade dos critérios de atuação administrativa, insuscetíveis de regração em sede legal, são os claros motivos da decisão jurisprudencial ³³.

Resulta deste importantíssimo aresto a confirmação de que o nosso Direito Administrativo aceita como plausível que, no exercício da discricionariedade o titular do respectivo poder determine regras de comportamento a seus subordinados, com base na potestade hierárquica.

Mais ainda, exatamente em homenagem à previsibilidade da conduta administrativa, atributo tão essencial quanto os princípios elencados no art. 37, *caput*, da Carta, o nosso direito pátrio enfatiza a *autovinculação* ³⁴ do titular do poder discricionário aos atos de caráter prescritivo, geral e impessoal que baixar com base em seu poder próprio, sem prejuízo de alterar sua manifestação quando a conveniência e a oportunidade o determinar ³⁵.

Diretivas de autolimitação e delegações legislativas

Uma mitologia final, que cabe exorcizar, é o da *impossibilidade das delegações legislativas*. Tal tese encontra ilustríssimos defensores, mesmo no âmbito da atual Constituição, entre os quais Luís Roberto Barroso ³⁶, para o qual seria uma uniformidade da história constitucional brasileira tal delegabilidade - com exceção da Carta de 1937. No atual texto, embora carecendo-se da menção direta que fazia o art. 60. da Constituição Federal anterior, encontram os adeptos de tal doutrina reforço de sua posição no art. 25 do ADCT, que revogou *em cento e oitenta dias da promulgação da Carta*, todas as delegações ou atribuições a órgãos do Poder Executivo competências relativas à ação normativa.

É bem verdade que o mesmo dispositivo prevê que tais delegações poderiam ser prorrogadas por lei. Assim, ou (interpretando-se o corpo da Carta pelo seu segmento

³³ Odete Medauar, *op. cit.*, p. 44: ‘O poder discricionário não pode ser exercido com irracionalidade: contradições entre motivos e conseqüências’.

³⁴ Vide Caio Tácito, O desvio de Poder no ato administrativo, in *Direito Administrativo*, 1975 e Alessi, *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo*, 1953, p. 166. Vide o acórdão do STJ no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 40 - DF (Registro nº 89.7432-6) Relator: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral: “Conquanto a permissão se inclua entre os atos praticados no exercício do Poder discricionário da Administração, esta se autolimita quando estabelece regras e condições para o processamento dos pedidos e respectiva outorga”. Quanto à vinculação por motivação expressa, vide o RE40034, rel. Ministro Pedro Chaves. Data do julgamento: 1963.03.29 Tribunal Pleno. Publicações: DJ - data-06.05.63 pg-01179 ementário do STF - vol-00375.04 pg-01546 Ementa: funcionário interino. Se a administração deixa de usar seus poderes discricionários e justifica seu ato, vincula-se a motivação e sujeita-se a apreciação judiciária. Embargos recebidos.

³⁵ O poder discricionário, expresso no Ato Normativo em questão, ao mudar o contexto econômico e político internacional, efetivamente encontrou outra forma prescritiva. Vide no nosso *Direito de Entrada do Capital Estrangeiro*, Lumen Juris, 1996, capítulo específico sobre a importância institucional desta diretiva de poder discricionário.

³⁶ Princípio da Legalidade, in *Boletim de Direito Administrativo*, Janeiro de 1997, p. 15.

transitório) são as delegações possíveis, ou são elas apenas no caso da sobrevivência de delegações pretéritas.

Curiosamente, a prevalecer a tese de Barroso, que as delegações de ação normativa teriam sido inconstitucionais na Carta anterior, o dispositivo transitório como que constitucionalizaria *ex post facto* as milhares de deliberações do Conselho Monetário Nacional ou do Conselho Nacional de Seguros Privados, depositários entre outros de uma capacidade prescritiva derivada de lei. A rigor, poder-se-ia mesmo concluir do dispositivo transitório que - fosse realmente vedada a delegação de ação normativa a órgãos do Executivo nas Cartas anteriores - na presente, por falta de proibição estrita e pela autorização da *grandfathering clause* do art. 25 do ADCT, algum tipo de delegação deste tipo seria permissível.

Barroso percebe, como o fazem outros membros da advocacia pública, que não há realmente mácula incorrigível nas ações normativas de órgãos do executivo, pois concede que

“É até possível que ao longo da vigência da nova Carta a doutrina e a jurisprudência venham a acolher entendimento mais flexível, embora exigindo a fixação de *standards* e rejeitando a abdicação”

Sabe, obviamente, o douto constitucionalista que, aqui, em particular, a tradição constitucional americana elaborou complexo e eficiente metodologia de avaliação de parâmetros e de propósitos de uma delegação legislativa a órgão do Poder Executivo. Ao traçar os propósitos e ao conceder os instrumentos de uma ação administrativa, o Legislativo jamais abdica de seus poderes (inclusive e principalmente o poder político de denegar meios para a continuidade da ação, até mesmo por via orçamentária).

De outro lado, a teia constitucional é viva e contínua. O extremismo ideológico, ao simplesmente denegar qualquer ação prescritiva geral ao Executivo, atenta muito mais contra a Constituição do que qualquer iniciativa normativa do Executivo poderia fazer. A dinâmica dos freios e contrapesos, à visão dos que negam ao Executivo qualquer poder normativo, se reduziria a um sistema estático e ahistórico de tabus intransponíveis, que a realidade da democracia real e viva desmente.

Que nosso sistema constitucional tenha optado por um método de separação e harmonia de poderes *funcionais* - e não pela *intercessio* de dois agentes de mesmo poder funcional, como os cônsules romanos - não significa que se conceda ao Executivo apenas a função de repetidor, exato, restritíssimo, ainda que detalhista, da vontade do Poder Legislativo. A dinâmica constitucional democrática pressupõe outra coisa, como ensina o *leading case* sobre delegações legislativas:

“The Constitution as a continuously operative charter of government does not demand the impossible or the impracticable. It does not require that Congress find for itself every fact upon which it desires to base legislative action or that it makes for itself detailed determinations which it has declared to be prerequisite to the application of the legislative policy to particular facts and circumstances impossible for Congress itself properly to investigate. The essentials of the legislative function are determination of the legislative policy and its formulation and promulgation as a defined and binding rule of conduct. [These] essentials are preserved when Congress has specified the basic conditions of fact upon whose existence or occurrence, ascertained from relevant data by a designated administrative agency, it directs that its statutory command shall be effective. It is no objection that the determination of facts and the inferences to be drawn from them in the light of the statutory standards and declaration of policy call for the exercise of judgment,

and for the formulation of subsidiary administrative policy within the prescribed statutory framework. ³⁷”

Ao se examinar, assim, a tese das delegações legislativas, teve-se assim como propósito apontar a carência científica da doutrina do Poder Regulamentar, como prevalecente entre nossa prática comum. Apontando sua natureza estritamente ideológica, e historicamente superada (tantos anos após o fim do regime militar), cabe-nos agora insistir que em muitos casos a sua aplicação aos casos práticos é não só indevida mas também ofende ao mais essencial de todos os princípios jurídicos: o da razoabilidade.

³⁷ *Yakus v. United States*, 325 U.S. 414 (1944), relator o Chief Justice Stone.