

REGULAMENTO AUTÔNOMO NO BRASIL: UMA RESPOSTA ÀS CRÍTICAS

AUTONOMOUS ORDINANCE IN BRAZIL: A RESPONSE TO THE CRITICS

André Cyrino¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é desenvolver uma resposta às críticas derivadas do livro intitulado “*O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*”, publicado em 2005. O artigo traz, inicialmente, uma exposição geral das bases teóricas das teses defendidas, acerca da doutrina dos regulamentos autônomos e independentes, mais especificamente voltada para os desenvolvimentos iniciais no Brasil e sua origem francesa. O tópico seguinte é dedicado ao tema do regulamento autônomo e reserva de administração. Em seguida, são apresentadas as críticas e suas devidas respostas, com foco nos debates sobre a transformação da Emenda à Constituição nº 32 de 2001.

Palavras-chave: Poder Regulamentar; EC nº. 32/2001; Regulamento Autônomo.

ABSTRACT

The present article aims to develop a response to the critics derived from the book entitled “*The autonomous regulatory power of the President of the Republic: the regulatory type created by the EC No. 32/2001*”, published in 2005. The first part of the article states the theoretical bases of the theses defended, on the doctrine of the autonomous and independent ordinances, specifically focused on its initial developments in Brazil and its French origin. The following topic is devoted to the topic of autonomous ordinance and Public Administration reserve. Then, the critics are presented along with its response, focusing on the discussions on the transformation brought by the Amendment to the Constitution nº 32/2001.

Keywords: Regulatory Power; EC nº. 32/2001; Autonomous Ordinance.

INTRODUÇÃO

Em 2005, publiquei livro intitulado *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*². O propósito do trabalho era

¹ Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas (LL.M. em Direito do Estado e Regulação). *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, advogado e parecerista. Contato: andre.cyrino@gmail.com

pontual: demonstrar o surgimento de uma espécie normativa nova no Brasil; um tipo de regulamento criado por força da Emenda à Constituição nº 32 de 2001, que, no meu entendimento, longe de agredir a Lei Maior, conferia racionalidade ao sistema.

Passado todo esse tempo, o tema despertou controvérsias³, de modo que inexistiu, ainda, consenso sobre a existência ou não desse tipo de regramento. Na verdade, na esteira da edição da EC nº 32/2001, formaram-se três correntes de pensamento: (i) aqueles que, na linha por mim defendida, reconhecem, de forma mais ou menos clara, a existência, no art. 84, VI, *a*, CRFB, de um modelo de regulamento autônomo reservado⁴; (ii) aqueles que, como dantes, advogam o caráter alienígena⁵ de um regulamento autônomo no Brasil, e rejeitam a existência dessa espécie normativa na Constituição⁶; e (iii) aqueles outros que, de forma intermediária,

² CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

* Artigo recebido em 01 de julho de 2016 e aprovado em 10 de outubro de 2016.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 35.

⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Poderes da Administração Pública”, in *Revista de Direito do Estado*, nº 23, 2012, p. 127; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Atos administrativos normativos: algumas questões”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 84; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. “Os Regulamentos Jurídicos e os Regulamentos de Organização: breve estudo de sua aplicação no Direito brasileiro” in *Direito Regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 566; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244; CORREIA, Arícia Fernandes. “Reserva de administração e separação de poderes”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 593. José Levi Mello do Amaral Júnior defende a reserva de administração. Todavia, sustenta que a sanção presidencial convalida o projeto de lei inconstitucional, que ingressaria na ordem jurídica com força de decreto autônomo (v. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001”, In *Direito Regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 578).

⁵ Segundo Geraldo Ataliba, que faz a caricatura dessa convicção: “É até ridículo que um brasileiro, tratando da faculdade regulamentar, à luz do nosso direito, abra um tópico sob tal designação (regulamento autônomo). Tão ridículo como seria criar um capítulo sobre as inspirações de Alah na ação dos seus delegados governantes” (ATALIBA, Geraldo, *Liberdade e poder regulamentar*, tese nº 30 apresentada na VIII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil – Manaus, maio de 1980. O mesmo trabalho foi publicado sob o título *Poder regulamentar do Executivo*, na RDP nº 57/58, 1981, pp. 184 ss.)

⁶ Neste sentido, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94/95; SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 257; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 150/151; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

sustentam que haveria regulamentos autônomos, os quais, todavia, não teriam caráter reservado⁷.

No meio desse debate, fiquei honrado ao ver que as minhas teses foram expressamente contestadas, com críticas instigantes. O objetivo desse artigo é responder a essas análises contrárias. Especifica e diretamente, anseio enfrentar as posições dos Professores Clèmerson Merlin Clève e Gustavo Binbenbojm, que ofereceram as apreciações frontais mais desafiadoras às minhas ideias. Este artigo quer dialogar com esses dois grandes mestres. Trata-se, assim, de uma réplica acadêmica, prática não tão comum no Brasil, mas que tem o importante escopo de aprofundar ideias e refinar convicções. Quero, com isso, celebrar esses gigantes do direito público brasileiro que tanto admiro e respeito.

Iniciarei o artigo com uma exposição geral das bases teóricas das teses que defendo, as quais são explicitadas e reafirmadas. Na sequência, apresento as críticas, para posterior réplica. Quem estiver familiarizado com o tema, pode começar pela leitura do item 3, a partir do qual o debate é esmiuçado. Ao final, faço breve encerramento.

1 A DOCTRINA DOS REGULAMENTOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES: DESENVOLVIMENTOS INICIAIS NO BRASIL E SUA ORIGEM FRANCESA.

Entendo que regulamentos autônomos são aqueles que têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita uma esfera de conteúdos reservados a tal espécie normativa⁸. Trata-se de um campo material exclusivo no qual o legislador não pode interferir.⁹ Tais regulamentos reservados, que, no Brasil, têm previsão, desde a EC n° 32/2001, no art. 84, VI, *a*, CRFB, não se confundem com os denominados regulamentos *praeter legem*, que já identifiquei como *independentes*, que existem no espaço deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal, num “campo de poderes

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 325-326; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 173-183.

⁸ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n° 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

⁹ LEÓN, José Maria Baño, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 163-164.

residuais”.¹⁰ A relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto que a relação entre a lei e o regulamento independente é de hierarquia.

Sérgio Ferraz reconhece, embora com outra nomenclatura, os regulamentos independentes e autônomos, referindo-se a eles como regulamentos autônomos *regrados* e *discricionários*.¹¹ Cada um deles é admitido em terrenos distintos: (i) os primeiros, em “área não expressamente reservada à lei, e onde norma legal, *stricto sensu*, ainda não foi editada”; (ii) e os segundos, “na chamada reserva de ‘Administração’, isto é aquela que por disposição da lei maior é livre, discricionário e exclusivo desenrolar da ação administrativa”.¹²

Sérgio de Andréa Ferreira caminha em sentido parecido.¹³ Na vigência da Carta de 1969, o então Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ, reconhecia que os regulamentos autônomos ou independentes (como sinônimos) podem existir em dois casos. Um *primeiro* quando, diante de uma competência administrativa prevista na Constituição e de uma lacuna legislativa, o Administrador cria regras por regulamento. Trata-se de cumprir o princípio da autolimitação do Administrador, que, na falta da lei, torna a ação administrativa mais legítima¹⁴. Nesse primeiro sentido, o regulamento submete-se aos princípios da preferência e da reserva legal, ou seja, havendo lei, não prevalecerá o regulamento. Se a lei existe, o regulamento só pode ser de execução.¹⁵

¹⁰ FERRAZ, Sérgio, “Regulamento”, in *3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 119. QUEIRÓ, Afonso, explica que, em sua origem, o poder regulamentar independente surgia como sobrevivência da clássica *plenitudo potestatis* do Poder Executivo, anterior ao Estado de Direito constitucional (*op. cit.*, p. 12).

¹¹ FERRAZ, Sérgio, *op. cit.* pp. 119-120.

¹² FERRAZ, Sérgio, *op e loc. cit.*

¹³ FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Direito administrativo didático*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 62 ss.

¹⁴ Por ex.: A Constituição (tanto a anterior quanto a atual) estabelece que é dever da Administração Pública expedir certidões requeridas às repartições administrativas para defesa de direitos e esclarecimento de situações (art. 153, §35 da Carta de 1969 e art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição de 1988).¹⁴ Assim, nas palavras de Sérgio de Andréa Ferreira: “se, em alguma unidade federativa, inexistir norma legal sobre o procedimento a ser seguido no requerimento e expedição dessas certidões, poderá o administrador, em cada caso concreto, formular essa ou aquela exigência, quanto aos aspectos formais da petição, a legitimação para firmá-la e a comprovação de interesse de postulação. A administração local, no entanto, pode preferir editar regulamento disciplinando todos esses aspectos” (cfr. FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Comentários à Constituição*, 3 vol., 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, pp. 73-74). Em obra anterior, Sérgio de Andréa Ferreira dava notícia de que, no antigo Estado da Guanabara, a Administração local, na falta de lei, preferiu editar regulamento quanto a essas certidões. (*Direito administrativo didático*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 62). Com efeito, a opção pelo regulamento uniformizador para o procedimento de requerimento de certidão cumpre o dever de isonomia administrativa, na medida em que todos os administrados se submeterão às mesmas exigências e procedimentos.

¹⁵ FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Direito administrativo didático*, *cit.*, p. 63.

Um *segundo* caso de regulamento autônomo ou independente, para Sérgio de Andréa Ferreira, é aquele editado num âmbito de reserva de administração. No seu entender, sob a égide da Constituição de 1969, sobre estruturação, atribuições e funcionamento da Administração, “só o regulamento, *autônomo*, pode dispor (princípio da *reserva administrativa*)”.¹⁶ Esse regulamento não se submete à precedência de lei, muito embora não exclua as reservas de lei. É justamente esse o caso da categoria normativa objeto das preocupações centrais a este artigo. Entendo tal espécie como aquela decorrente de competência normativa diretamente fundada na Constituição, que exclui a competência do Legislativo. São baseados, assim, num domínio próprio que se pode denominar, com inspiração na tradição francesa, de *domínio do regulamento*¹⁷.

Com efeito, a Constituição da França de 1958, com claro intuito de atribuir novas funções ao Poder Executivo¹⁸ (que neste país se divide entre Presidente da República e Governo), parecia estabelecer uma ampla e absoluta reserva normativa de Administração Pública, em contraposição a uma reserva de lei delimitada por enumeração aparentemente exaustiva. Aparentemente, tratava-se, como muitos defenderam, de uma verdadeira “revolução”, o que foi defendido por vários autores, que, posteriormente, se deram conta de que a mudança não foi tão profunda assim¹⁹.

Jean Rivero, num primeiro momento defendendo essa mudança “revolucionária”, não viu problemas maiores no aumento de atribuições normativas do Executivo, desacreditando expressamente no mito da lei²⁰. Assentou-se, assim, a ideia de que a técnica adotada pela

¹⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Direito administrativo didático*, cit., p. 64.

¹⁷ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 68. No Brasil, v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958*, RDA 84, p. 35.

¹⁸ O que se explica com o fato histórico de a Constituição ter sido elaborada pelo General De Gaulle e posteriormente referendada pelo povo. O general tratou de conceber uma Constituição que lhe desse maior governabilidade e não o deixasse refém do Parlamento.

¹⁹ Tendo vislumbrado primeiramente uma “revolução” na divisão de competências, veja-se, por todos, RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, pp. 261-262. Rivero faz sua *mea culpa* assim admitindo: “Eu faço parte, com efeito, destes juristas que, no dia da promulgação da Constituição de 1958, acreditaram ingenuamente, na leitura dos artigos 34 e 37, que alguma coisa fundamental havia mudado na ordem jurídica. Eu acreditei, como alguns outros, numa revolução jurídica, em um nova definição da lei, na emergência do regulamento no nível da norma incondicional; eu acreditei em uma revolução política, em uma redistribuição do poder normativo em benefício do Governo”.

²⁰ “A lembrança dos venenos de um sistema do qual não conheço quase nada das delícias impedem-me de unir-me a um coro majoritário amplamente abastecido, e que, fiel ao mito rousseauiano da lei infalível e, necessariamente, benfazeja, pois é a expressão da vontade geral, parecia-me um pouco ultrapassado. Eu não

Constituição de 1958 foi a de estabelecer dois “domínios” normativos: (i) o domínio da lei (art. 34²¹); e (ii) o domínio do regulamento (art. 37²²). Além disso, manteve-se a possibilidade dos regulamentos para o cumprimento da lei.²³ Mauro Cappelletti acrescenta que a “revolução” da Constituição de 1958 se completava “pela criação de um ‘watchdog’, um cão de guarda, o novo Conselho Constitucional, encarregado de fazer fracassar toda tentativa do Parlamento de recuperar seus poderes perdidos”.²⁴

O que é mais interessante (e mais pode chocar) é que, pela letra da Constituição francesa, as matérias do domínio da lei são exaustivamente enumeradas, enquanto que tudo o mais é assunto reservado ao regulamento. A universalidade temática típica da lei fora aparentemente deslocada para a ampla competência regulamentar residual do Executivo.

acreditava mais na maleficência inelutável de um poder regulamentar essencialmente preocupado em maltratar seus sujeitos”, cfr. RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse, cit.*, p. 262.

²¹ Segundo o art. 34 da Constituição francesa, são *domínio da lei* do Parlamento as normas relativas:

Aos direitos civis e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; às obrigações impostas pela defesa nacional aos cidadãos quanto à sua pessoa e seus bens; à nacionalidade, ao estado e à capacidade das pessoas, aos regimes matrimoniais, às sucessões e doações; à determinação dos crimes e delitos bem como às penalidades aplicáveis; ao processo penal; à anistia; à criação de novas ordens de jurisdição e ao estatuto dos magistrados; à base, à taxa e às modalidades de arrecadação de impostos de todo tipo; ao sistema de emissão de moeda.

A lei estabelece igualmente as normas referentes: ao regime eleitoral das assembleias parlamentares e das assembleias locais; à criação de categorias de estabelecimentos públicos; às estatizações de empresas e às transferências de propriedade do setor público ao setor privado.

A lei determina os princípios fundamentais: da organização geral da defesa nacional; da livre administração das coletividades locais, das suas competências e dos seus recursos do ensino; do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais; do direito trabalhista, do direito sindical e da previdência social.

As leis orçamentárias determinam os recursos e os encargos do Estado nas condições e sob as reservas estabelecidas pela lei orgânica.

As leis de financiamento da previdência social determinam as condições gerais do seu equilíbrio financeiro e, de acordo com as suas previsões de receitas, fixam os seus objetivos de despesas, nas condições e sob as reservas previstas por uma lei orgânica.

As leis de planejamento determinam os objetivos da ação econômica e social do Estado.

As disposições do presente artigo poderão ser detalhadas e completadas por uma lei orgânica.

²² O art. 37 estabelece em sua alínea 1^a, que *as demais matérias* não enumeradas no art. 34 *possuem caráter regulamentar* e que “os textos de forma legislativa referentes a tais matérias poderão ser modificados por decretos promulgados após consulta ao Conselho de Estado”. Em sua alínea 2^a, ainda estatui: “os textos legislativos, que vierem a ser aprovados depois da entrada em vigor da presente Constituição, só poderão ser modificados por decreto *se o Conselho Constitucional declarar que têm caráter regulamentar*”.

²³ Nesse sentido, Louis Favoreu assinala que, na França, há dois tipos de poderes regulamentares: (i) o poder regulamentar subordinado ou de execução, cujo fundamento é o art. 21 da Constituição de 1958; e (ii) “o poder regulamentar autônomo, inicial e incondicionado, ao qual se atribuiu de início a natureza de lei, pois a este se assinalou um âmbito mais modesto, mas ainda assim eminente”. FAVOREU, Louis, *Rapport introductif, in Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 26.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 249.

Comenta, nesse sentido, Jean Gicquel que, “pela primeira vez depois de 1789, a lei não se estende mais ao infinito”²⁵. De fato, a letra da Constituição de 1958 relativizou a “regra da onipotência” normativa do Poder Legislativo, e surpreendeu o mundo, “posto que, no continente europeu, foi justamente a França que havia criado essa regra”²⁶. E foi assim que, nada obstante opiniões dissonantes, o “poder legislativo” do Poder Executivo tornou-se a “regra e não a exceção”, “posto que compreende *tudo que não é expressamente mencionado no artigo 34*”²⁷. É nesse sentido que Jean Rivero comenta que no “domínio da lei’ o legislador é o único senhor; mas é ao mesmo tempo prisioneiro; sendo somente ele competente para estatuir acerca das matérias que lhe são reservadas, é incompetente em relação a todas as outras”²⁸.

Eduardo García de Enterría critica incisivamente o modelo francês e aponta como origem da, segundo ele, *equivocada* separação entre os domínios de lei e regulamento consagrada na Constituição de 1958, a radical substantivação do conceito de regulamento que se deu pela doutrina francesa antes mesmo da referida Carta.²⁹ Para o autor espanhol, perderam-se princípios essenciais como o “básico” da primazia da lei, pois, para Enterría, “toda forma de normação administrativa é, e não pode ser menos que, não soberana, *nunca equiparável à Lei em sentido estrito*”³⁰.

De alguma forma, tais críticas foram acatadas. Tanto a jurisprudência do Conselho Constitucional quanto a prática governamental e parlamentar, seguidos pela doutrina, relativizaram a aparente reserva de matérias aos regulamentos. A “revolução de 1958” fracassou diante dos fatos e dos ideais liberais de afirmação da onipotência do Parlamento,

²⁵ GICQUEL, Jean, *La Constitution de 1958 a quarante ans, question n° 9: Les rapports entre le Parlement et Gouvernement dans la Constitution de 1958, on line* www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q09.htm, 1998, acesso em 28 ago 13, às 13 :30h.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 248.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, pp. 248-249.

²⁸ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo cit.*, p. 68. Itálicos nossos.

²⁹ ENTERRÍA , Eduardo García de, *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1981, p. 95.

³⁰ ENTERRÍA , Eduardo García de, *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1981, p. 98. Grifos nossos.

além das contradições presentes no próprio texto Constitucional.³¹ De fato, após ser provocado pelo Governo, é o Conselho Constitucional quem decide a que domínio pertence determinada matéria (art. 41),³² e este acabou por entender que a lei permanecia dotada do atributo da universalidade temática (ou onipotência legislativa). Apontam-se dois passos para a construção desse entendimento.

Primeiro, deu-se ao art. 34 uma interpretação ampla. Conforme Jean Rivero, “[o] Conselho Constitucional deu às disposições do art. 34 uma **interpretação quase sempre favorável à competência legislativa**. Por outro lado, apagou praticamente as diferenças entre as matérias em que a lei ‘fixa regras’ e **aquelas com que determina os ‘princípios fundamentais’**”.³³ Com efeito, desenvolveu-se uma jurisprudência “que consagra progressivamente o *caráter atrativo do domínio legislativo*”.³⁴ Louis Favoreu dá notícia do *leading case* desse entendimento. Em aresto do Conselho Constitucional de 1969 (caso “*protection de sites*”), estatuiu-se que para dispor sobre princípios gerais do direito sempre será necessário o uso da via legislativa. E continua constatando que “com isso, não é mais possível limitar o domínio da lei, posto que basta invocar um princípio geral do direito”,³⁵ o que não se afigura ser muito difícil. Segundo Mauro Cappelletti, “está bem claro que o espectro, um tanto vago, dos princípios gerais pode invadir não importa qual campo de regulamentação”.³⁶

Louis Favoreu comenta que as “consequências dessa jurisprudência são consideráveis”, levando-se em conta que todo atentado a um princípio geral do direito só poderá ser feito por lei, “incluindo-se na lista todos os princípios já emanados ou a serem

³¹ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 249.

³² Cfr. RIVERO, Jean, *Direito Administrativo cit.*, p. 69. Estabelece o art. 41:

“Se se evidenciar que, no curso do processo legislativo, uma proposta ou emenda não pertence ao domínio da lei ou é contrária a uma delegação concedida em virtude do artigo 38, o Governo pode opor-se a sua admissão.”

“Em caso de desacordo entre o Governo e o Presidente da assembleia interessada, o Conselho Constitucional, solicitado por uma ou outra parte, delibera dentro do prazo de oito dias”.

³³ *Direito Administrativo cit.*, p. 70. Grifos nossos.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 250. Grifos do autor.

³⁵ FAVOREU, Louis, *Débat*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 258.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 249.

emanados pelo Conselho de Estado e pelo Conselho Constitucional”.³⁷ Dessa forma, “dá-se a possibilidade ao juiz de modificar o mecanismo de repartição de competência de forma que o domínio em princípio reservado ao poder regulamentar seja aberto ao legislador cada vez que ele tenha atentado a um princípio geral do Direito, e sabe-se que esses princípios são muito numerosos”.³⁸

Segundo, entendeu-se que a lei continua sendo ato superior ao regulamento, pois, na sistemática da Constituição de 1958, não se colocou este no mesmo nível da “vontade geral” do povo declarada pelo Parlamento. O fundamento de tal interpretação é que, muito embora a lei tenha sido colocada abaixo da Constituição, após o controle preventivo de sua conformidade à Carta política, ela se torna inconteste, soberana. Diferentemente ocorre com o regulamento. Este, como ato do Poder Executivo, está sempre sujeito ao controle jurisdicional. O regulamento continua subordinado à lei³⁹.

Foi assim que em 1982, jogando uma pá de cal na revolução, o Conselho Constitucional relativizou de vez a separação dos domínios normativos da lei e do regulamento na decisão nº 82-143 DC, de 30 de julho daquele ano, expressamente destacando que uma lei poderia regular matérias fora do escopo do art. 34⁴⁰. Nesse sentido, a linha divisória entre as competências da lei e do regulamento deixou de ser um problema jurídico a

³⁷ FAVOREU, Louis, *Les règlements autonomes existent-ils?*, in *Mélanges Burdeau*, Paris: LGDJ, 1977, p. 415.

³⁸ FAVOREU, Louis, *Les règlements autonomes existent-ils?*, *op. cit.*, pp. 415-416.

³⁹ Nas palavras de Jean Rivero: “O mesmo princípio (superioridade da lei em relação ao regulamento) se aplica aos regulamentos emitidos com base no art. 37, em matérias exclusivamente regulamentares. É certo que nesses domínios o Governo estatui com uma liberdade próxima da do legislador, uma vez que, por definição, encontra como este, uma norma escrita acima de si: a Constituição. Mas sua decisão *permanece um acto do poder executivo*, como tal submetido à censura do juiz, que pode sancionar a sua irregularidade e que, por essa via, pôde subordiná-lo ao respeito pelos princípios gerais do direito.

A lei, pelo contrário, se bem que durante a sua elaboração possa ser submetida ao Conselho Constitucional, *escapa a qualquer controlo logo que promulgada*. No seu domínio continua pois a ser um ato soberano, ao passo que o regulamento, mesmo no seu, *nunca possui essa qualidade*: mesmo quando é como a lei incondicionado, *nunca é incontestável*, ao contrário do que acontece com ela”, cfr. RIVERO, Jean. *Direito Administrativo cit.*, p. 72. Destaques nossos.

⁴⁰ Segundo constou do aresto do Conselho Constitucional francês: “Considerando (...) que se os artigos 34 e 37, alínea primeira, da Constituição estabelecem uma separação entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, o caráter de tais disposições deve ser interpretado tendo-se em conta os artigos 37, alínea segunda e 41; que tanto um como o outro procedimentos têm um caráter facultativo; resultando assim dos artigos 34 e 37, alínea primeira, que *a Constituição não quis tachar de inconstitucionalidade uma disposição de natureza regulamentar contida em uma lei*, mas quis, ao longo do domínio reservado à lei, reconhecer à autoridade regulamentar um domínio próprio e conferir ao Governo, pela execução dos procedimentos específicos dos artigos 37 alínea 2 e 41 o poder de assegurar a proteção de eventuais interferências da lei”. Grifou-se. Veja-se o inteiro teor dessa decisão na Internet no endereço <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82143dc.htm>. Acesso em 12.07.2015.

ser decidido pelo Conselho Constitucional e se tornou uma questão a ser definida pela prática política⁴¹.

A divisão de domínios normativos dos arts. 34 e 37 não implicou revolução, mas apenas uma “uma nova técnica de divisão”, passível de relativização⁴². Na verdade, a separação de domínios deixou de ser feita por matéria e passou a ser feita por importância. A repartição horizontal de competências foi substituída por uma “separação vertical de competências”⁴³.

Nada obstante a referida flexibilização da separação de domínios, permanece a necessidade de um dualismo, porquanto, conforme Jean Rivero, “*bem entendido, nem tudo pode estar na lei. Bem entendido, é necessário fazer a separação*”⁴⁴. Em outros termos, ainda há de se falar na França ser possível uma competência reservada ao regulamento. Do contrário, a norma de 1958 seria totalmente esvaziada. Conclui nesse sentido Louis Favoreu, com afirmação que parece ter sido ouvida, no Brasil, pelos autores da Emenda Constitucional nº 32/2001: “enfim, há um núcleo irreduzível de competência máxima do poder regulamentar: *é a organização e funcionamento interno dos serviços públicos*”⁴⁵. Tal núcleo constitui efetivo domínio do regulamento, existente em âmbito infenso à lei, numa esfera de reserva de administração⁴⁶.

2 REGULAMENTO AUTÔNOMO E RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO.

Faz parte da lógica de um regime estruturado com divisão orgânico-funcional de poderes que existam escolhas que caibam, de forma particular, a cada um deles. Se há espaços compartilhados e interdependentes a demandar cooperação e/ou controle recíproco entre

⁴¹ IANCU. Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 256.

⁴² RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 265.

⁴³ FAVOREU, Louis, *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 33.

⁴⁴ RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse*, cit. p. 270.

⁴⁵ FAVOREU, Louis, *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 34.

⁴⁶ Agustín Gordillo, na Argentina, admite com ressalvas a possibilidade do que chama de “regulamentos autônomos” no âmbito da organização administrativa. Entretanto, afasta qualquer argumento de que esses regulamentos possam existir “numa esotérica ‘zona de reserva de administração’”, que, segundo o mesmo, não existe em nenhuma parte do sistema constitucional argentino (*Tratado de derecho administrativo*, T. 1º, Parte General, 7 ed., versão on-line in www.gordillo.com, acesso em 19.08.2003, p. VII-36).

legisladores, administradores e magistrados, existem outros que, pela sua natureza, são atribuídos exclusivamente àquele mais vocacionado a certas decisões. Assim, pode-se dizer que é um reflexo da separação de Poderes as chamadas *reservas*. As mais conhecidas são as reservas de lei⁴⁷, estruturantes, por exemplo, do direito penal (e.g.: o art. 5º, XXXIX, CRFB), e as reservas de jurisdição⁴⁸, como são os casos em que se exige a manifestação do Poder Judiciário para uma determinada ação (e.g. a proteção do domicílio no art. 5º, XI, CRFB). Em outro ponto, existe também a chamada *reserva de administração*⁴⁹.

Segundo Nuno Piçarra, a reserva de administração só pode ser admitida quando a Constituição estabelece esferas exclusivas específicas em determinadas matérias. Para o autor, não seria possível, a partir da “essência da Administração”, chegar-se a um domínio reservado para a mesma⁵⁰. O princípio da separação de Poderes é por demais abstrato para extrair tamanha construção, sendo que para este autor é insustentável uma pré-compreensão de um núcleo essencial administrativo⁵¹. É “a partir de uma concreta ordenação constitucional de competências (...) que se poderá eventualmente apurar determinadas reservas específicas, absolutas ou relativas”⁵²⁻⁵³.

⁴⁷ O “princípio da reserva de lei significa que há determinadas matérias que só poderão ser tratadas (com maior ou menor detalhamento) por lei, em sentido formal ou material, a depender do que estabelece a Constituição” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 155).

⁴⁸ Como já consignou o Supremo Tribunal Federal, “[o] postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado” (STF, MS 23.452, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 16/09/1999, p. em 12/05/2000).

⁴⁹ A propósito, v.: BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. “Legalidade e reserva de Administração: um estudo de caso no direito urbanístico”, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 4, p. 13-26, 2014. V., também, PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, in *O Direito*, primeira parte: 1990, I, (janeiro-março), pp. 325-353; segunda parte: 1990, III e IV (julho-dezembro), pp. 571-601; e SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 487 ss.

⁵⁰ PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, cit., primeira parte, p. 341.

⁵¹ PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, cit., primeira parte, p. 339.

⁵² PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, cit., primeira parte, p. 342.

Concordo que é somente diante da Constituição concreta que se revela o princípio da separação de poderes, não sendo correto que este seja determinado *a priori*⁵⁴. Nada obstante, parece-nos correto afirmar que a *separação de Poderes* incorpora um esquema básico voltado a conter o arbítrio, racionalizar e legitimar o exercício do poder político num regime de autogoverno do povo, além de garantir direitos por meio da partilha de funções em razão da especialização e das capacidades institucionais envolvidas. Capacidades essas que podem implicar, por vezes, atividades exclusivas, ou reservadas.

Assim, a separação de Poderes delimitada na Constituição pode sim estabelecer “construção” na qual exista núcleo essencialmente administrativo, porque inerentemente voltado a certas capacidades institucionais⁵⁵. De qualquer maneira, a regra geral no Brasil e no Estado contemporâneo é a da vocação hegemônica da lei para dispor sobre todas as matérias⁵⁶, o que se infere da norma do art. 48, *caput*, da Constituição Federal. Nesse sentido, o legislador até poderá dispor sobre qualquer substância, com elevado nível de detalhamento. Só não será autorizado a esvaziar a possibilidade de atuação do Poder Executivo e da Administração Pública em matérias que são essencialmente administrativas.

Em outras palavras, parece-nos que no Brasil há espaço para abraçar uma tese de reserva de administração extraível de um princípio da separação de Poderes constitucionalmente fundado que, por vezes, estabelece um universo privativo claro, mas que, em outras oportunidades, deixa espaço para que se extraia a noção de uma lógica concreta de separação de Poderes. Isto é, uma reserva de funções essencialmente administrativas⁵⁷.

⁵³ CANOTILHO só admite a colocação do problema da reserva de administração se esta for verificada caso por caso, excluindo “a existência de núcleo material firme, semelhante e contraposto à reserva de lei”. Nesse sentido, estatui que é possível que a Constituição estabeleça “reservas especiais de administração”, como, por exemplo, a reserva de execução do orçamento, cfr. o art. 199º, “b”, da Constituição portuguesa. (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra, 2002, p. 734 e 736).

⁵⁴ PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração, op. e loc. cit.*.

⁵⁵ Nesse diapasão, Paulo Otero pontua que: “A identidade de legitimidade constitucional entre administrar, legislar e julgar determina, nos termos do princípio da separação de poderes, que exista uma reserva de administração ou de função administrativa: trata-se de um espaço próprio e exclusivo de intervenção decisória a favor da Administração Pública, excluído de qualquer imiscuir do legislador e dos tribunais”. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 181.

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 66.

⁵⁷ Por exemplo: entendo ser caso de reserva de Administração a escolha do particular que pretenda contratar com o Poder Público. Não pode a lei, sob pena de inconstitucionalidade, eleger, *e.g.*, uma determinada empresa “A” para o desenvolvimento de empreitada. A seleção fica reservada à Administração Pública que fará a escolha por meio do procedimento licitatório, ressalvadas as hipóteses legais (art. 37, XXI, da Constituição).

O Supremo Tribunal Federal reconhece a reserva de administração como corolário da separação de Poderes. Em ADI⁵⁸ proposta pelo Governador do Estado de Alagoas, *e.g.*, o STF declarou a inconstitucionalidade de norma, que, dentre outros vícios, invadia esfera privativa da Administração consubstanciada no princípio constitucional da separação de Poderes. No caso concreto, tal norma fora vetada pelo Governador do Estado, tendo sido o veto, posteriormente, rejeitado pela Assembleia Legislativa. Na hipótese, a norma impugnada pretendia desconstituir atos administrativos emanados pelo Poder Executivo. Por isso, foi declarada inconstitucional, pois não cabe ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito à separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais.

3 O DEBATE SOBRE A TRANSFORMAÇÃO DA EC Nº 32/2001: O REGULAMENTO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO REGULAMENTO AUTÔNOMO RESERVADO.

O regulamento criado pela Emenda à Constituição nº 32/2001 é exemplo de reserva de administração⁵⁹.

3.1 A MINHA POSIÇÃO: A EC 32/01 CRIOU RESERVA DE REGULAMENTO.

O conjunto de alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001 implica a criação de um âmbito de reserva de regulamento, pois, como destaca Floriano Azevedo Marques Neto, “*nestas matérias resta interdita a possibilidade de disciplina por lei*”⁶⁰.

E o argumento inicial a endossar essa leitura é a dicção que o art. 1º da EC nº 32/01 atribuiu ao inciso VI do art. 84,⁶¹ retirando o vocábulo *na forma da lei*, que era tido como

⁵⁸ MC ADI nº 2.364-AL, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.01, pub. DJ 14.14.01, p. 23.

⁵⁹ Fernando Dias Menezes de Almeida, embora sustente que a hipótese do art. 84, VI, *a* implique reserva de administração, entende que não se trata, exatamente, de exercício de atividade normativa, pois tais atos careceriam de generalidade (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Atos administrativos normativos: algumas questões”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226).

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Poderes da Administração Pública”, in *Revista de Direito do Estado*, nº 23, 2012, p. 127.

⁶¹ Na redação original, estabelecia-se como competência privativa do Presidente da República “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*”.

limitador da edição de regulamentos autônomos no Brasil. Segundo o texto que passou a vigorar, é competência privativa do Presidente da República:

- VI - dispor, *mediante decreto*, sobre:
- a) a *organização e funcionamento* da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;⁶²

A exigência literal de que o decreto para fins de organização administrativa fosse editado “na forma da lei”⁶³ foi apagada. Mas não foi apenas isso. Ao mesmo tempo em que ampliava o espectro normativo desse tipo de regulamento voltado à organização administrativa, o art. 1º da EC nº 32/01 alterava os incisos X e XI do art. 48, retirando competências normativas do Congresso Nacional que foram agora atribuídas ao chefe do Executivo.⁶⁴

Na mesma linha de reforma, o art. 1º da Emenda em análise também alterou a alínea “e” do inciso II do §1º do art. 61 da Constituição, que trata das iniciativas privativas do

⁶² A EC nº 32/01 acrescentou, também, ao mesmo inciso, que poderia o Presidente da República extinguir funções ou cargos públicos da Administração Pública federal quando vagos, mediante decreto (alínea “b”, art. 84, VI). Tal atribuição é nova (antes dependia de lei, cfr. a antiga redação do art. 48, X). Anote-se que entendo que não se trata de uma atribuição regulamentar autônoma, que se define pelo *conteúdo*, mas verdadeira possibilidade de *ato administrativo* de efeitos concretos, que se dará na *forma* de decreto. Não se pode confundir a identidade da forma com a de substância. Deve-se registrar, todavia, que o Decreto nº 4.176/02, de 28.03 (regulamento autônomo, dispondo sobre a organização da administração federal), que determina diretrizes e normas para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Executivo, estabeleceu no art. 17 (em epígrafe: “decreto autônomo”) que será disciplinada exclusivamente por decreto a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Entendendo que a hipótese é de regulamento autônomo, embora admitindo que se trate de ato de efeitos concretos, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, in Direito regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 573.

Ressalte-se que, evidentemente, a aplicação da norma da alínea “b” do art. 84, VI, deve ser limitada ao âmbito do Poder Executivo, sob pena de se violar a separação de Poderes. Assim, se houver cargo vago no âmbito administrativo do Poder Legislativo, não poderá ser extinto por ato do chefe do Executivo, só sendo possível tal extinção por ato do próprio Poder (cfr. Constituição Federal, artigos 51, IV; 52, XIII). Já quanto ao Judiciário, a extinção de cargo dar-se-á por lei de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais superiores, ou dos Tribunais de Justiça, cfr. art. 96, II, “b”, da Constituição.

⁶³ É interessante notar que, de acordo com o parágrafo único do art. 84, as atribuições previstas no inciso VI podem ser delegadas aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União, que observarão os limites traçados na delegação, o que permitirá, *e.g.*, caso haja a delegação e dentro dos seus limites, que um Ministro de Estado trate da organização administrativa federal.

⁶⁴ Na redação original, estabelecia-se como atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre:

“X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

XI - criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública;”

Segundo a nova redação, é atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre:

“X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, *observado o que estabelece o art. 84, VI, b*;

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.”

Presidente da República.⁶⁵ Evidentemente, as matérias que agora compõem o feixe de atribuições normativas autônomas do chefe do Executivo estão fora do processo legislativo no Congresso. Logo, não há que se falar em iniciativa legislativa. Por fim, o art. 88 da Constituição foi alterado⁶⁶ pelo art. 1º da EC nº 32/01, retirando-se da competência do Poder Legislativo o tratamento da estruturação dos Ministérios, além de dispor sobre a mesma forma para os demais órgãos da Administração Pública⁶⁷.

Pois bem. As alterações enumeradas são profundas e impactam diretamente no princípio da universalidade temática do Legislativo, o que significa que não existe matéria de competência da União que não possa ser tratada pelo Congresso (art. 48, *caput*). É, realmente, assente que a enumeração das atribuições do Congresso Nacional no art. 48 da Constituição é exemplificativa. Assim, poder-se-ia argumentar que a simples retirada dos vocábulos “organização” e “funcionamento” da Administração do art. 48 e a sua previsão no art. 84, VI, “a” não bastariam para retirar o caráter universal da competência legislativa.

No entanto, não é essa a exegese correta. *Primeiro*, porque o próprio constituinte originário já estabelecera esferas normativas em que o Parlamento não poderia se imiscuir, o que indica que o princípio da universalidade não é absoluto. É assim o caso dos convênios de ICMS regulados pela Lei Complementar nº 24/75, de 07.01. Estabelece o art. 155, §2º, XII, “g” da Constituição, que somente por deliberação dos Estados e do Distrito Federal poderão ser concedidos benefícios fiscais, no que toca ao referido imposto. Essa ressalva exclui a competência dos Poderes Legislativos estaduais, que não poderão estabelecer benefícios fiscais relativos ao ICMS. Há aqui, com efeito, uma reserva de deliberação dos Estados. Uma

⁶⁵ Na redação original da Constituição, havia iniciativa privativa do Presidente da República para projeto de lei que dispusesse sobre:

“e) criação, *estruturação* e *atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública”.

A alínea “e” do §1º, inciso II, do art. 61 hoje tem a seguinte redação:

“e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, *observado o disposto no art. 84, VI*”.

⁶⁶ Redação original:

“Art. 88. A lei disporá sobre a criação, *estruturação* e *atribuições* dos Ministérios”.

Nova redação:

“Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

⁶⁷ Cumpre notar que a Emenda apagou do texto constitucional a referência às *atribuições* da Administração e dos Ministérios. Sobre o ponto: CYRINO, André Rodrigues, O Poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº. 32/01, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 74.

lei que concede isenção num Estado é inconstitucional, conforme entende o Supremo Tribunal Federal.⁶⁸

Outra hipótese é a do art. 153, §1º, da Constituição, que estabelece que o Poder Executivo tem a faculdade de alterar, por decreto, as alíquotas dos impostos regulatórios que enumera. Cabe ao Executivo dispor sobre os tributos ditos regulatórios para a boa condução das políticas de importação e exportação, do incentivo à produção industrial e o controle das operações financeiras. Em matéria de regulação econômica no que toca aos tributos, o Estado deve ser rápido e eficiente, tendo o constituinte afastado da competência do Parlamento tal regulação.

Segundo, porque os Poderes Judiciário e Legislativo já gozavam de autonomia em relação à lei no que toca à própria administração e organização⁶⁹ (art. 51, IV, no que toca à Câmara dos Deputados; art. 52, XIII, relativo ao Senado e art. 96, I, “b”, relativo aos Tribunais). Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirmava antes da edição da EC nº 32/2001, era “lamentável” que o Executivo não gozasse da mesma autonomia organizativa dos outros Poderes⁷⁰. A mudança se fez bem vinda.

Tal foi, aliás, a interpretação do Decreto (autônomo, pois trata da organização administrativa federal) nº 4.176/02, de 28.03, que traça diretrizes e normas para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Executivo. Em seu art. 17, II, esse ato normativo estabeleceu que “serão disciplinadas *exclusivamente* por decreto as matérias sobre (...) organização e funcionamento da administração federal quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgão público”. Isto é: tais matérias de organização e funcionamento, quando não implicarem aumento de despesa, nem criação ou

⁶⁸ ADI nº 260-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01.07.2002, Tribunal Pleno, pub. DJ 20.09.2002, p. 87 ement. vol. 02083-01, p. 12. V. tb. ADI nº 286-RO, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 22.05.2002, Tribunal Pleno, pub. DJ 30.08.2002 p. 60 ement. vol. 02080-01 p. 1.

⁶⁹ É assim que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classifica de “regulamentos autônomos ou independentes” (na nossa concepção seriam regulamentos autônomos) os atos normativos do Judiciário e do Legislativo relativos às suas administrações e organizações próprias (*Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 315). FAGUNDES, Miguel Seabra, notando de certa forma o mesmo fenômeno, afirma que os tribunais ao elaborarem seus regimentos internos legislam. (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 36).

⁷⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, antes da EC nº 32/01, apregoava ser “lamentável” que o Executivo não gozasse da mesma autonomia organizativa dos outros Poderes. (*Direito Administrativo*, 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 88).

extinção de órgão público, deverão ser tratadas por decreto presidencial. Decreto que veicula regulamento autônomo em âmbito reservado.

3.2 A CRÍTICA: A EC 32/01 POUCO MUDOU. A MANUTENÇÃO DA UNIVERSALIDADE TEMÁTICA DA LEI.

A tese da criação de uma reserva de regulamento encontrou resistência na literatura. Segundo Clèmerson Merlin Clève, a EC n^o 32/01 não criou espécie regulamentar autônoma. Isso não teria acontecido porque tal tipo de regulamento “*reclama a partilha da competência normativa, tal como ocorre na França*”⁷¹. Assim, no seu entender, “*o legislador não fica impedido de dispor sobre as matérias elencadas no art. 84, VI. E nesse caso, havendo lei prévia, fica o Presidente da República limitado ao que ela especifica (...) exceto na hipótese da letra ‘b’ em função da qual está o Presidente da República autorizado a extinguir cargo público criado (necessariamente) por lei*”⁷².

Para Clève, “*o art. 84, VI, da Constituição não apresenta hipótese de regulamento autônomo, mas antes de tipo que fica no meio do caminho entre este e o de execução, muito mais próximo deste do que daquele, o assim chamado regulamento de organização*”⁷³. E, nesse sentido, o professor paranaense endossa a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem inexistente aqui regulamento autônomo, mas manifestação de “*mera competência para arranjo intestino dos órgãos e competências já criados por lei*”⁷⁴.

Gustavo Binjenbojm⁷⁵ também rejeita expressamente a concepção de que haveria uma esfera privativa de poder regulamentar. Em primeiro lugar, Binjenbojm sustenta que a norma do art. 84, VI, *a* constitui exceção, logo deve ser interpretada de maneira restritiva⁷⁶. A seu sentir, mantém-se incólume o princípio geral de universalidade temática legislativa. Para o professor, a interpretação de que a EC n^o 32/2001 teria criado uma reserva de administração seria simplesmente inconstitucional. Na sua leitura, o princípio da precedência de lei,

⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3^a ed., São Paulo: RT, 2011, p. 325.

⁷² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3^a ed., São Paulo: RT, 2011, p. 325-326.

⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3^a ed., São Paulo: RT, 2011, p. 326.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 27^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 342-343.

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 173-183.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 177.

enquanto corolário da legalidade, é cláusula pétrea, pois se constitui tanto como um mecanismo de garantia dos cidadãos (art. 60, § 4º, IV, CRFB), quanto como um aspecto inerente ao princípio da separação de Poderes (art. 60, § 4º, III, CRFB). Assim, sugere a interpretação conforme as cláusulas pétreas da Constituição do próprio sentido da EC nº 32⁷⁷, o que afasta a possibilidade de reserva de regulamentos.

Honrado pelo rico debate, mantenho a posição no sentido de que há efetivamente uma reserva de regulamento criada não apenas pela alteração promovida no art. 84, VI da Constituição, mas pelo conjunto de alterações levadas a efeito pela EC nº 32/2001. Explicase.

3.3 A RESPOSTA: A CRIAÇÃO DE UM DOMÍNIO DO REGULAMENTO PELA EC 32/2001.

Em primeiro lugar, a existência de regulamentos autônomos reservados no Brasil não se baseia numa leitura isolada da nova redação do art. 84, VI da Constituição⁷⁸, da qual se

⁷⁷ *Ibidem.*, p. 178.

⁷⁸ É verdade, porém, que a dicção desse dispositivo foi crucial para a modificação doutrinária havida após a promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, na vigência da Carta pretérita, o dispositivo similar (art. 81, V da Emenda Constitucional nº 1 de 1969) não possuía a locução *na forma da lei*. Àquela época, diversos autores sustentaram a possibilidade de regulamentos fundados em tal dispositivo, o qual teria caráter autônomo (reservado ou não). Nesse sentido, José Afonso da Silva dizia que: “regulamento autônomo não é regulamento ilegal, se se limitar à esfera de competência própria e privativa do administrador (...) a competência para expedir regulamentos autônomos de organização (Constituição, art. 81, V) só é admissível nos casos em que a própria Constituição não tenha reservado à lei a específica organização de determinada instituição.” (*Curso de direito constitucional positivo*, 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 572). Todavia, diante da redação original atribuída pelo constituinte de 1987-88 ao art. 84, VI, o entendimento que se tornou prevalecente foi o de que não haveria mais, no Brasil, regulamentos autônomos. Ver, por exemplo, o próprio José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional positivo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 427. Também mudou de opinião: GASPARI, Diógenes, *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 95. Maria Sylvania Zanella Di Pietro destacou, justamente, referida mudança de redação para dizer que inexistiria o regulamento de organização na Constituição de 1988 (*Direito Administrativo*, 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 88).

Após a edição da EC nº 32/2001, por outro lado, diversos daqueles autores voltaram a defender tal espécie regulamentar Di Pietro, por exemplo, diz que “[c]om a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a [do art. 84, VI da CRFB/88]. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, b). Portanto, no direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI, com redação dada pela Emenda Constitucional nº32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 92). Diógenes Gasparini, no entanto, apesar de reconhecer que a Emenda Constitucional nº 32 trouxe a figura do regulamento autônomo, não acredita que haja “espaço no ordenamento” para essa modalidade de regulamento. GASPARI, Diógenes, *Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p.115 e p. 118. Por fim, José Afonso da Silva irá dizer que a modalidade de regulamento autônomo tal como prevista no direito estrangeiro não foi adotada no direito brasileiro. Em edição mais recente de seu clássico livro, ele diz que na verdade se trata de um regulamento de organização, o qual seria uma forma limitada de regulamento

extraiu a locução *na forma da lei*. O constituinte reformador foi muito além disso, e alterou, repise-se:

- (i) o art. 48, retirando do texto dos incisos X e XI aquelas competências normativas do Congresso Nacional de organização e funcionamento da Administração Pública que foram agora atribuídas ao chefe do Executivo;
- (ii) a alínea “e” do inciso II do §1º do art. 61, que trata das iniciativas privativas do Presidente da República; e
- (iii) o art. 88, retirando-se da competência do Poder Legislativo o tratamento da estruturação dos Ministérios, além de tratar da mesma forma os demais órgãos da Administração Pública.

O desígnio das alterações textuais é nítido. O constituinte reformador quis afastar da deliberação do Congresso aquelas matérias que agora são atribuições normativas autônomas do chefe do Executivo. O assunto *organização e funcionamento da administração pública, quando isso não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargo público*, não consta mais das competências expressas de deliberação do legislador (mudanças dos artigos 48, 61 e 88). Por outro lado, sem a ressalva *na forma da lei*, aprofundou-se no feixe de competências exclusivas do Poder Executivo (art. 84, VI, a).

Ao lado do elemento lexical, soma-se o argumento lógico-sistemático. No arranjo criado pelo constituinte derivado, a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da

autônomo, trazido pela Emenda Constitucional nº32 (DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 426).

Destaca-se que Floriano Azevedo Marques Neto e Fernando Dias Menezes de Almeida sustentam que o disposto no art. 84, VI, a implica reserva de administração (Cfr.: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Poderes da Administração Pública”, in *Revista de Direito do Estado*, nº 23, 2012, p. 127; e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Ato administrativo normativo: algumas questões”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226).

Registre-se que, na vigência da Carta de 1969, além de José Afonso da Silva, admitiam a possibilidade de “regulamento autônomo”: Clenício da Silva Duarte (*Os regulamentos independentes*, RDP n. 16, p. 93: tratando como sinônimos regulamentos independentes e autônomos); Carlos Roberto de Siqueira Castro (*O Congresso e as delegações legislativas*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 127: tratando como sinônimos os regulamentos autônomos e independentes); Diogenes Gasparini (*Poder regulamentar*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 77), Sérgio Ferraz (*Regulamento*, in *3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 119: que reconhecia, inclusive, regulamentos reservados); Sérgio de Andréa Ferreira (*Direito administrativo didático*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 62-64: admitindo regulamentos reservados); Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição brasileira*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 373: admitindo a reserva de regulamento); Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo brasileiro*, 13 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 138), dentre outros.

Administração Pública quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgão público deixou de constar da lista taxativa do art. 61, CRFB.

De fato, a EC nº 32/01 retirou do rol de matérias reservadas à iniciativa da Chefia do Poder Executivo, aquelas relacionadas ao art. 84, VI, *a*, CRFB. Antes da Emenda, além da *criação*, era de iniciativa privativa do presidente o projeto de lei que dispusesse sobre *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos administrativos. Na redação atual, o poder de iniciativa limita-se à “*criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública*”, devendo ainda ser “*observado o disposto no art. 84, VI*”. Vale dizer: não é mais iniciativa privativa da Presidência, na nova sistemática, o projeto que queira estruturar a Administração Pública. Tal compete ao regulamento, conforme o art. 84, VI, *a*. Se não competisse, indaga-se: de quem seria a iniciativa para projetos de lei sobre organização e funcionamento da Administração? Os parlamentares poderiam apresentar projetos de leis com esse conteúdo? É evidente que não.

Não seria lógico que se permitisse aos parlamentares a competência de iniciativa legislativa para a organização da Administração no âmbito do Executivo. A racionalidade da Constituição é a de que cada Poder cuide de sua organização, inclusive no que se refere às iniciativas de lei. Nesse sentido, a interpretação pela competência comum seria incompatível com o disposto no art. 84, II, da Constituição, pois o Legislativo, por meio de lei, poderia organizar a Administração, juntamente com o Presidente. Isso sem mencionar que tal interpretação por uma competência de iniciativa comum implicaria concluir que existiria reserva de iniciativa implícita, o que é um contrassenso diante do caráter exaustivo do art. 61 da Constituição⁷⁹. A alteração do art. 88 deixa ainda mais evidente a tese aqui esposada: a organização e o funcionamento dos Ministérios, órgãos da Administração Pública federal, quando inexistir incremento de despesa, não são mais matérias de lei, mas de regulamento.

O elemento histórico de interpretação corrobora o argumento. *A uma*, porque a Emenda Constitucional nº 32/2001, como um todo, voltou-se à redefinição da capacidade

⁷⁹ Conforme o Min. Eros Grau: “As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no art. 61 da CB – matérias relativas ao funcionamento da administração pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes” (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJE de 15-8-2008.) O STF se manifestou no mesmo sentido em precedente anterior: STF, Pleno, ADI-MC nº 724/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 27.4.2001. Veja-se trecho do voto: “A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. - A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que - por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo - deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca”.

normativa do Poder Executivo⁸⁰. No Congresso Nacional e na opinião pública, havia um incômodo geral com a edição de medidas provisórias e viu-se, na emenda, uma possibilidade de que se estabelecesse um novo compromisso, que implicou, de um lado, a consagração de uma série de limites às MPs, e, de outro lado, a abertura a uma nova espécie normativa antes barrada pelo Constituinte de 1988.

A *duas*, porque se buscou, justamente, o texto utilizado na vigência da Carta de 1969, o qual foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para o poder regulamentar autônomo da Presidência da República. De fato, o STF analisou o referido art. 81, V, da Carta anterior, entendendo pela possibilidade de regulamento autônomo de organização administrativa. Na Representação nº 1508-4, julgada em 29.09.1988, seis dias antes da promulgação da Constituição de 1988, arguia-se a inconstitucionalidade do Decreto nº 406, de 16.11.1987, do Mato Grosso, que, sem fundamento legal, alterava a estrutura organizacional de órgãos da Administração direta e indireta.⁸¹ Em seu voto, o relator Min. Oscar Corrêa parece adotar a tese da possibilidade de regulamento autônomo no sentido aqui defendido, muito embora não tenha deixado claro se admite ou não reserva de regulamento organizativo. De todo modo, o Min. Oscar Corrêa registrou, valendo-se do parecer da Procuradoria-Geral da República, aprovado pelo então Procurador-Geral, Sepúlveda Pertence, que não há “*dúvidas sobre a legitimidade do decreto autônomo interno. Tem ele por fonte direta a própria Constituição e se faz lícito, numa compreensão sistemática da Carta Magna, desde que não invada matéria objeto de reserva de lei, desde que não interfira com os direitos individuais dos cidadãos e não importar aumento de despesa*”.

⁸⁰ “A EC 32/2001 pode ser apontada como a *Emenda da Reforma da Atividade Normativa*, inobstante tenha ganhado fama por reformular a dinâmica da medida provisória. Na verdade, a nova redação do art. 62 da Constituição Federal para dispor sobre o funcionamento da medida provisória é apenas uma parte da Emenda Constitucional 32/2001. Também foram modificados preceitos constitucionais com a finalidade última de fortificar o poder de agenda do Executivo no processo legislativo. São os casos do art. 64, § 2º, da Constituição – que determinou o sobrestamento das deliberações das Casas Congressuais caso projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, em que se tenha solicitado urgência, não tenha sido apreciado em até 45 dias – e do art. 66, § 6º, pelo qual veto do Presidente da República deve ser colocado na ordem do dia da sessão imediata caso não seja apreciado dentro do prazo constitucional de 30 dias pelo Congresso Nacional.” (Cfr. PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 84).

⁸¹ O referido decreto extinguiu órgãos e criava outros que absorviam suas atribuições, ou que simplesmente funcionavam, internamente, para a instrumentalização das mudanças. Além disso, modificava vinculações entre órgãos e estabelecia regras de remanejamento de servidores dos órgãos extintos.

Em suma, estou convencido de que houve alteração do princípio da universalidade temática do Parlamento. Criou-se, no Brasil, um domínio do regulamento. Pelo menos esse foi o intuito do constituinte derivado. Intuito esse compatível com as cláusulas imutáveis da Constituição, notadamente a precedência de lei e a separação de Poderes. E há várias razões para isso.

A primeira relaciona-se ao fato de que as cláusulas pétreas são mecanismos excepcionais de contenção do constituinte derivado e merecem ser lidas – essas sim – com cautela e de forma restritiva. Primeiro, porque se destinam a limitar o poder de maiorias qualificadas. Logo, a envergadura que se atribua a tais cláusulas será inversamente proporcional ao princípio – igualmente pétreo – da democracia. Segundo, porque um discurso forte de imutabilidade é um primeiro passo para o próprio fracasso de qualquer projeto constitucional. A Constituição não pode parar a história. Ela precisa ser capaz de se adaptar⁸².

Nesse diapasão, uma interpretação ampliativa dos preceitos imutáveis conduziria o País à estagnação, como se o que pensavam os constituintes de 1988 fosse sempre a melhor opção para as gerações futuras⁸³. Quanto a esse problema, Canotilho menciona a perplexidade de Thomas Jefferson, que se perguntou: “uma geração de homens tem o direito de vincular outra?”⁸⁴. E segue o professor de Coimbra respondendo à questão: “A resposta tem que tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa”⁸⁵. E conclui que “nunca uma geração fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras”⁸⁶.

⁸² Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “a Constituição é um documento que aspira à permanência, mas não à perenidade” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62).

⁸³ A propósito, Rodrigo Brandão defende uma interpretação das cláusulas pétreas que seja condizente com o princípio democrático, de modo a que se evite um *governo dos mortos sobre os vivos*. Nesse sentido, o Poder Judiciário deve ser cauteloso no controle de emendas à Constituição. Em suas palavras: “caso o Judiciário não limite a sua atuação no controle da constitucionalidade das emendas à tutela das condições da democracia, a sua intervenção qualificar-se-á como antidemocrática, instituindo verdadeiro ‘governo dos mortos sobre os vivos’, pois manterá a maioria atual vinculada a um modelo de sociedade estabelecido pela geração constituinte. (...) Os efeitos maléficos da preservação pelo Judiciário de uma constituição que não mais condiz com os desígnios dos vivos são previsíveis: descumprimento sistemático da constituição ou ruptura institucional, com repercussões deletérias sobre a sua força normativa e sobre a segurança jurídica, respectivamente” (BRANDÃO, Rodrigo. “Rigidez constitucional e pluralismo político”, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 5, 2008, p. 119).

⁸⁴ *Apud* CANOTILHO, José J. Gomes, *op. cit.*, p. 1049.

⁸⁵ CANOTILHO, José J. Gomes, *op. cit.*, p. 1049.

⁸⁶ CANOTILHO, José J. Gomes, *op. e loc. cit.*

No caso específico dos princípios da separação de Poderes e da legalidade, é de se anotar, ainda, que se trata de normas em constante evolução. Não se pode congelar a separação de Poderes ao “*Espírito das Leis*” de Montesquieu⁸⁷. O mesmo se diga da legalidade, em constante evoluir, como já mencionado, diante das transformações por que passa o Estado contemporâneo. É por isso que Jorge Miranda destaca que os preceitos imutáveis “têm de merecer uma interpretação objectiva e actualista”⁸⁸. É nesse sentido que o STF pontua que:

as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, *não significam a intangibilidade literal* da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege⁸⁹

É importante destacar que não se nega a necessidade das cláusulas imutáveis. Muito pelo contrário. Reconhece-se a sua exigência como forma de garantia do cumprimento da missão do constitucionalismo contemporâneo, notadamente a garantia dos direitos das minorias. Sempre haverá dificuldade na ponderação entre a possibilidade de reforma da Constituição e a amplitude dos postulados pétreos. Por outro lado, deve-se levar em conta, que uma Constituição que pretenda perdurar no tempo terá, como condição da própria continuidade, a possibilidade de ser modificada e adaptada a um novo contexto. Daí se dizer que “a função do poder de revisão não é fazer novas Constituições, mas ao inverso: guardá-las e defendê-las propiciando a sua acomodação a novas conjunturas”⁹⁰.

Enfim, na verdade, parece-me que a EC nº 32/2001, muito longe de atingir o núcleo essencial da separação de Poderes, reforça esse princípio, porquanto o Executivo era o único poder que não tinha autonomia normativa para a sua própria organização⁹¹⁻⁹²

⁸⁷ A propósito: ACKERMAN, Bruce. “Adeus Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 265, 2014, pp. 13-23.

⁸⁸ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 419.

⁸⁹ Medida cautelar na ADI nº 2.024-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.10.1999, DJ 01.12.2000, p. 70. Entendendo expressamente que as alterações na EC 32/01 não violam a cláusula pétrea da proteção às garantias e aos direitos individuais (art. 60, § 4º, IV, da Constituição): AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001*, in *Direito regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 575.

⁹⁰ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 414.

⁹¹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, antes da EC 32/01, apregoava ser “lamentável” que o Executivo não gozasse da mesma autonomia organizativa dos outros Poderes (*Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 88).

Outro argumento usado contra a tese de que a EC n^o 32/2001 teria criado regulamentos autônomos foi o de que o texto constitucional manteve a reserva de lei para a criação de órgão público, o que abrangeria a própria organização e funcionamento do mesmo. Tal é a posição de Carlos Ari Sundfeld⁹³, que rejeita a figura dos regulamentos autônomos, reservados ou não. Em suas palavras, “*se a definição da estrutura básica da Administração continua nas mãos da lei (art. 37, XIX e XX, e art. 48), os regulamentos de organização e funcionamento devem se conformar a esse estrutura*”⁹⁴.

De fato, quem cria um órgão, necessariamente disporá, em algum nível, sobre a sua organização. Mas isso não significa que o criador possa substituir, por inteiro, o espaço da criatura. Nesse sentido, em que pese à vigência da regra de que a criação de órgão público ainda dependa de lei, parece-nos que, nos aspectos em que não haja aumento de despesa, a matéria será essencialmente administrativa e não poderá ser tratada por lei. O princípio da preferência, dessa forma, ganhou uma janela. Um espaço para o regulamento, como forma de equilibrar os poderes da república e manter as capacidades de auto-organização da Administração Pública. Nas normas de criação, é evidente, haverá aspectos organizativos. Mesmo assim, não me parece que tais leis possam implicar o esvaziamento da capacidade de auto-organização administrativa. A mesma lei que não pode retirar a capacidade de organização administrativa dos Tribunais, para que não se faça letra morta do art. 96, I, não pode imiscuir-se nos assuntos intestinos da Administração Pública.

Afinal, como o próprio Gustavo Binbenojm reconhece para atos concretos da Administração Pública, “[H]á determinadas matérias que devem ser tratadas apenas em âmbito infralegal, pois envolvem expertise e capacidade institucional próprias do administrador público. Tal constatação decorre da própria cláusula de separação de Poderes (art. 2^o, CRFB), sendo vedado ao Poder Legislativo se imiscuir nessa seara, sob pena de indevida interferência em uma das funções típicas do Poder Executivo”⁹⁵. Nessa toada, admitir reserva de administração – e mesmo a de regulamento – vai ao encontro do princípio da eficiência (art. 37, CRFB), afastando-se custos legislativos desnecessários, e mantendo no

⁹² É assim que OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO classifica de “regulamentos autônomos ou independentes” (na nossa concepção seriam regulamentos autônomos) os atos normativos do Judiciário e do Legislativo relativos à suas administrações e organizações próprias (*Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 315).

⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*, 2^a ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 257.

⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*, 2^a ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 257.

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3^a ed., op. cit., p. 154.

Poder Executivo assuntos que lhe são inerentes. Mais que isso, o que ficará mais claro na Segunda Parte, admitir reserva de administração para regulamentos de organização evita custos de transação desnecessários, sabendo-se que as matérias passíveis de serem tratadas por meio do art. 84, VI, *a* não causam maiores impactos com direitos fundamentais ou mesmo com o funcionamento da democracia. Trata-se de válvula de escape que diminui custos, sem incrementar riscos, devendo ser admitida.

O Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu de forma clara sobre a existência de regulamentos autônomos reservados, conforme exposto acima, após a edição da EC nº 32/2001. Mas são dignos de registro alguns precedentes.

O primeiro foi o julgado na ADI nº 2.564, em 08.10.2003, sob a pena da Min. Ellen Gracie⁹⁶. Em tal caso, o Partido Comunista do Brasil impugnou o Decreto nº 4.010, de 12 de novembro de 2001, que, de acordo com o seu preâmbulo, veiculou regulamento fundado no art. 84 IV e VI, *a* da Constituição. O conteúdo do decreto foi o de cometer ao Min. de Estado de Planejamento Orçamento e Gestão a competência de “*mandar processar a folha de pagamento dos servidores da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, após liberação de recursos para o respectivo pagamento, mediante expressa autorização do Presidente da República*”.

Dentre os argumentos do PC do B, constava uma violação ao princípio da reserva de lei, dizendo-se que tal definição, que esvaziava competência de outros Ministérios e centralizava atribuições no Ministério do Planejamento, deveria ter sido encaminhada ao Congresso Nacional, por Projeto de Lei. A tese não prosperou. Segundo a Min. Ellen Gracie, no que foi acompanhada por todos os Ministros presentes no plenário, após a EC nº 32/2001, a questão regulada no decreto não precisa passar pelo crivo do Congresso Nacional. Vale dizer: como o decreto não implicava aumento de despesa, tampouco criação ou extinção de órgão público, ele perfeitamente se subsumia ao art. 84, VI, *a*, CRFB, sendo *decreto autônomo*, como destacado pelo Min. Gilmar Mendes durante o julgamento.

A relatora não enfrentou a questão de a matéria em questão ser sujeita a uma reserva de administração, de modo que o ponto não foi decidido. Todavia, o Min. Carlos Ayres Britto, durante o julgamento, fez questão de indagar se teria sido editada lei sobre o assunto. Ao que

⁹⁶ STF, ADI nº 2.564, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 08.10.2003, DJ 06.02.2004.

a relatora esclareceu que não, o Min. Carlos Britto confirmou seu voto. Vale dizer: implicitamente, o Min. Ayres Britto parecia rejeitar a reserva.

Também da relatoria da Min. Ellen Gracie, na ADI nº 3.254, julgada em 16.11.2005, o Governador do Estado do Espírito Santo impugnou a validade da Lei nº 7.755/2004, promulgada pela Assembleia Legislativa deste mesmo ente federativo, por iniciativa parlamentar. Tal estatuto estabelecia “normas para a realização da baixa de veículos sinistrados com laudo de perda total”, além de estabelecer regras “sobre os procedimentos para o desmanche destes veículos”. No bojo de tais regras procedimentais, a lei atacada criava atribuições ao DETRAN local. Dentre as teses de inconstitucionalidade, o Governador sustentou que o Poder Legislativo invadira competências normativas da Chefia do Poder Executivo. Especificamente: tanto aquela de iniciativa (art. 61), quanto a de estabelecer regras sobre organização e funcionamento da Administração Pública, na forma do art. 84, VI, *a*, CRFB.

Em seu voto, a Min. Ellen Gracie, seguida pelo plenário, concluiu que, de fato, o Poder Legislativo foi além do que autoriza a Constituição. Entretanto, a ministra consignou que a questão poderia ter sido tanto objeto de lei, quanto de regulamento. Em suas palavras, “[É] indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (*mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto*) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação” (grifou-se).

Uma leitura rápida poderia levar a concluir que essa teria sido uma rejeição à possibilidade de reserva regulamentar. O STF estaria sinalizando que a questão pode vir por meio de decreto *ou* projeto de lei. Isso não parece correto. E a razão é que as matérias constantes da legislação estadual atacada dispunham não apenas dos assuntos listados no art. 84, VI, *a*, mas também de aspectos que implicavam efetivo aumento de despesa e criação de novas atribuições com efeitos externos. Isto é: estava-se além da mera organização e funcionamento da Administração Pública a que se refere a norma criada pela EC nº 32/2001, de modo que, efetivamente, seria necessária a edição de lei para boa parte dos temas relacionados no estatuto do ES⁹⁷. Em outras palavras: a questão da reserva de regulamento e seus limites não foi efetivamente apreciada.

⁹⁷ STF, ADI nº 3.254, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16.11.2005, DJ 02.12.2005.

Há outros julgados que caminham em sentido parecido⁹⁸. Sem embargo, nenhum enfrenta explicitamente a questão da reserva de regulamento⁹⁹. Na verdade, há um julgado, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, em que o STF chega a sustentar a existência de reserva de administração no art. 84, VI, *a*, CRFB, mas, na sequência, menciona que a hipótese também seria de violação à iniciativa privativa da Presidência da República, o que deixa em aberto a questão¹⁰⁰. Refere-se ao decidido na ADI n° 2.707, em 2006¹⁰¹, em que o relator consignou em seu voto que:

se se considerar que a criação de Comissão Executiva não gera aumento de despesa, a Assembleia Legislativa terá atuado em área de cuja regulamentação o Poder Executivo possui completa autonomia para tratar, inclusive por decreto. Se, ao contrário, se considerar que a criação de Comissão gera aumento de despesa, aplica-se ao caso a reserva de iniciativa. Noutras palavras, os dispositivos atacados são inconstitucionais, seja por aplicação do art. 84, VI, seja por aplicação do art. 61, § 1º, II, *e*, ambos da Constituição de 1988

A questão da viabilidade de regulamentos reservados deverá ser efetivamente enfrentada no seio da ADI n° 2.601, originariamente sob a relatoria do Min. Carlos Velloso, mas hoje com o Min. Ricardo Lewandowski. O feito aguarda julgamento desde 2014. Seu objeto inclui a alteração da Lei da CVM por meio de Decreto, o que apenas seria viável se fosse entendido que a EC n° 32/01 promoveu a modificação do grau hierárquico de assuntos relacionados à organização e ao funcionamento da Administração Pública federal, criando um domínio do regulamento. Isto é: de uma deslegalização por norma constitucional dos assuntos agora constantes da alínea *a* do art. 84, VI, CRFB. Não me parece que todas as alterações da

⁹⁸ V., por exemplo, STF, ADI n° 3.232, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2008, DJE de 03.10.2008.

⁹⁹ V. ADI n° 2.857, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30.08.2007, DJ de 30.11.2007, cuja ementa é a seguinte: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 6.835/2001 do Estado do Espírito Santo. Inclusão dos nomes de pessoas físicas e jurídicas inadimplentes no Serasa, Cadin e SPC. Atribuições da Secretaria de Estado da Fazenda. Iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa. Inconstitucionalidade formal. A Lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da administração estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de decreto do chefe do Poder Executivo (...). Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada.”

¹⁰⁰ Juliana Bonacorsi de Palma entende que o precedente indica a aceitação, pelo STF, de uma reserva do regulamento autônomo previsto no art. 84, VI, *a* (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 86). Não me parece que seja assim.

¹⁰¹ STF, ADI n° 2.707, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15.02.2006, DJ 12.05.2006, p. 4.

lei da CVM por meio de decreto sejam constitucionais¹⁰². Todavia, o julgamento de tal ADI poderá esclarecer limites para os regulamentos autônomos e a viabilidade de que sejam eles editados em âmbitos reservados, inclusive por força de emenda constitucional deslegalizadora¹⁰³.

4 ENCERRAMENTO

A academia jurídica brasileira, por vezes, convive mal com a crítica. Nesses casos, parece ignorar que o foco do desacordo intelectual é o aprofundamento de ideias, com o que confunde diferença com afronta. Acredito que a percepção deva ser diametralmente inversa. Não há maior homenagem a um estudioso do que a consideração crítica a suas ideias. Foi o que ensinou o presente artigo: o intuito de festejar a crítica. Parafraseando Gandhi, discordar com honestidade intelectual é sinal de progresso.

Por isso, não espero que o leitor que chegou a este ponto do texto tenha se convencido de uma ou outra posição. Desejo, apenas, que entenda a complexidade da questão e a riqueza dos seus desdobramentos. Mais importante que reconhecer ou não os regulamentos autônomos reservados, é saber que o debate é fundamental. Só assim o direito, que almeja ser ciência, poderá efetivamente evoluir.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. “Adeus Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 265, 2014.

¹⁰² Apesar de entendermos ser possível a revogação de leis por regulamentos autônomos, no âmbito de suas “matérias reservadas”, entendo que, no caso da Lei da CVM, extrapolou-se, em alguns dispositivos, o poder regulamentar previsto no art. 84, VI, *a*, eis que se estabeleceu, por decreto, *e.g.*, até mesmo sanções (v. CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 166).

¹⁰³ A nossa interpretação é a de que a EC 32/01, quando promulgada, implicou uma nova recepção de normas legais pretéritas que dispusessem sobre organização e funcionamento da administração pública, quando isso não implicar aumento de despesa. Isto é: que operou uma deslegalização, tal como ocorreu na França, com a Constituição de 1958. Assim, as leis do passado que adentrassem questões de organização e funcionamento, ressalvado o aumento de despesa e criação ou extinção de órgão público, tornaram-se efetivamente decretos. Podendo, portanto, ser revogadas por atos do Poder Executivo. É o mesmo raciocínio que o Supremo Tribunal Federal fez para leis nominalmente complementares, mas que dispunham sobre questões de leis ordinárias. Tais leis complementares apenas no nome, podem ser revogadas por lei ordinária (v. STF, AI nº 702.533, cuja ementa consignou que: “Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais (...) A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721.(...). (STF, AI nº 702.533 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02.04.2013, DJe 26.04.2013).

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Atos administrativos normativos: algumas questões”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012,
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013
- ATALIBA, Geraldo, *Liberdade e poder regulamentar*, tese n° 30 apresentada na VIII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil – Manaus, maio de 1980.
- BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. “Legalidade e reserva de Administração: um estudo de caso no direito urbanístico”, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 4, p. 13-26, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRANDÃO, Rodrigo. “Rigidez constitucional e pluralismo político”, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, n° 5, 2008
- CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 249.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2011
- CORREIA, Arícia Fernandes. “Reserva de administração e separação de poderes”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n° 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.
- DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 426).
- DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000

- ENTERRÍA , Eduardo García de, *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1981
- FAVOREU, Louis, *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 26.
- FERRAZ, Sérgio, “Regulamento”, in *3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977
- FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Comentários à Constituição*, 3 vol., 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991
- _____, *Direito administrativo didático*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985
- GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003
- GICQUEL, Jean, *La Constitution de 1958 a quarante ans, question n° 9: Les rapports entre le Parlement et Gouvernement dans la Constitution de 1958*, on line www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q09.htm, 1998.
- IANCU. Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012.
- LEÓN, José Maria Baño, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid: Civitas, 1991
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Poderes da Administração Pública”, in *Revista de Direito do Estado*, n° 23, 2012. ,
- MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 419.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015
- OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013.
- PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014
- PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, in *O Direito*, primeira parte: 1990, I, (janeiro-março), pp. 325-353; segunda parte: 1990, III e IV (julho-dezembro)

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. “Os Regulamentos Jurídicos e os Regulamentos de Organização: breve estudo de sua aplicação no Direito brasileiro” in *Direito Regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981

_____, *Rapport de synthèse, in Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002

SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*, 2^a ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.