

Faculdade normativa da administração

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

No presente artigo o autor trata do problema do poder regulamentar, estudando a função normativa da administração, através de suas características históricas.

Apresenta, a seguir, a possibilidade de a Constituição conferir uma faculdade normativa ao órgão legislativo e uma faculdade normativa restrita à administração.

O argumento é, sem dúvida, importante, merecendo ser discutido e posto em foco para ser examinado em seus vários aspectos.

ANTES de proceder o exame do tema que nos propuzemos, necessário se faz examinar, de modo sumário, um problema de caráter preliminar, o qual versa sobre as funções do Estado.

O poder normativo do governo torna-se um problema delicado e controvertido no direito público quando o examinamos em função da clássica concepção da divisão dos poderes. Entende-se por poder normativo do governo a capacidade do poder executivo elaborar normas jurídicas, ou seja a possibilidade da administração formular atos normativos. Ato normativo, por sua vez, consiste no comando emanado do Estado, em forma geral e abstrata, munido de sanção. Constitue, pois, o ato normativo elaborado pela administração uma verdadeira norma jurídica, fonte de direitos e de deveres; como a lei, o costume, o contrato coletivo de trabalho etc.

Na técnica constitucional é costume reduzir-se as funções do Estado a: legislativa ou normativa, executiva ou administrativa, e a judiciária.

Nas primitivas sociedades estas funções eram exercidas por uma só pessoa ou órgão: o chefe-legislador-juiz. Modernamente, a fim de garantir-se os direitos individuais contra o absolutismo do poder, propugna-se pelo exercício destas funções através de órgãos distintos, existindo entre eles um contrólé recíproco. Dentro deste ponto de

vista podemos dizer que tôdas as construções jurídico-políticas sobre a teoria da divisão dos poderes refletem o esforço para se proteger o homem contra o arbítrio do Estado.

A concepção da divisão dos poderes (1) foi inspirada e norteadada pela prioridade da função legislativa. Não há dúvida que a função normativa deve ser, em relação às garantias das liberdades individuais, mas importante, pois dela decorrem todos os limites ao poder de cada um e dela derivam-se todos os deveres. A norma, como fonte de direitos e obrigações, constitue o ato mais importante da vida do Estado, daí Kelsen, entre outros, afirmar que o Estado reduz-se a um ordenamento jurídico, a um complexo de normas. A má interpretação da realidade social pela teoria da divisão dos poderes não está em dar prioridade à norma jurídica em relação aos demais atos, mas em atribuir a um só órgão do Estado a função legislativa. Este erro proveio do ambiente histórico em que vivia MONTESQUIEU e do país no qual estudou as funções do Estado — a Inglaterra, onde o Parlamento, como representante da maioria das classes sociais, constituia um poder moderador do poder régio. A predominância do poder legislativo sobre o executivo refletia, assim, o dualismo tradicional entre a assembléa, representante da soberania popular, e o princípio do absoluto poder do monarca.

MONTESQUIEU ao examinar as instituições políticas inglesas formulou a clássica teoria da divisão dos poderes, partindo do princípio de que as funções do Estado reduziam-se a: legislativa, admi-

(1) Sobre a teoria da divisão dos poderes, além da obra de MONTESQUIEU, deve ser consultada: A. DE VALES, Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato 1931; BONAUDI, I poteri politico e la divisione dei poteri (Scritti S. Romano); BALACHOWSKY-PETIT, La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, Paris 1901; CARENA, Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale 1933; DUGUIT, La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789, 1894.

nistrativa e judiciária, respectivamente distintas e autônomas. Dessarte, concebeu o autor de *L'esprit des lois* as funções do Estado distintas em compartimentos estanques. A Revolução Francesa filiou-se a esta doutrina e os Estados modernos, apesar de algumas modificações, calcaram as suas constituições na teoria da divisão dos poderes.

A experiência jurídica nos atesta, todavia, a insuficiência da teoria da separação dos poderes em compartimentos estanques.

A experiência política nos levou a não compreender a teoria de MONTESQUIEU no seu sentido originário, pois para admiti-la teríamos que quebrar a unidade do Estado, e ainda, nos levaria a formular uma concepção contradita pela experiência histórica, quando nos certificamos, ao examinarmos os vários diplomas jurídico-políticos, achar-se atribuída não só um poder normativo ao executivo, como também um poder judiciário ao parlamento e a possibilidade do judiciário praticar atos administrativos.

A moderna teoria francesa da divisão dos poderes, não admitindo a falência, na época atual, da concepção de MONTESQUIEU, procura explicar os atos de um poder que invadem a competência de outro como função excepcional ou acessória.

O direito público moderno inclina-se ainda para a concepção da distinção das funções do Estado em: normativa, administrativa e jurisdicional, porém, nega a existência da divisão do poder em: legislativo, executivo e judiciário, porque o poder é um só e ao Estado êle compete, o qual se manifesta através, destas funções. Assim, estas funções não podem ser enquadradas ou exercidas exclusivamente por cada um dos órgãos do Estado, mas são elas distribuídas entre êstes órgãos, os quais completam-se mutuamente, de maneira a dotar o Estado de um ordenamento jurídico e de velar pela sua observância e atuação. Dessarte, o conferimento a um órgão de uma destas funções não impede que os demais cooperem nela. Portanto, a tendência publicística moderna é de admitir a distinção das funções, permitindo, entretanto, a comunicabilidade entre os órgãos destas funções, devendo haver, entre êles, uma cooperação e um controle recíproco. Desta forma, o que na realidade existe é o conferimento normal a um órgão de uma destas funções podendo, todavia, ser con-

temporaneamente exercida, de forma acessória, por outro órgão.

Entendida, assim, a teoria da divisão dos poderes ou das funções do Estado vemos que a constituição pode conferir uma faculdade normativa ampla ao órgão legislativo e uma faculdade normativa restrita à administração. Assim, constitui uma questão de direito positivo.

Devemos esclarecer, todavia, que tanto a função normativa atribuída ao órgão legislativo, como a da administração encontram um limite último nos princípios estabelecidos na carta constitucional (2).

A existência de uma faculdade normativa ampla atribuída ao legislativo e de uma restrita à administração, implica uma hierarquia entre estas fontes de direito (3), determinando uma prioridade da lei sobre as demais normas elaboradas pela administração ou por outras instituições. Não deve ser compreendida, todavia, esta prioridade da lei como expressão de um *iure* próprio de legislativo, pois nem o poder normativo do legislativo, nem o da administração são poderes próprios, mas são faculdades delegadas pela constituição, sendo esta a única fonte distribuidora de funções e de competência.

A prioridade da lei sobre os regulamentos deve ser entendida, entretanto, como traduzindo a lei, devido as suas formalidades, mais fielmente a consciência nacional. Assim, tomando parte na sua elaboração representantes de vários partidos, de vários grupos de interesses, a lei traduzirá melhor a vontade do povo.

Tem, assim, a administração uma função normativa acessória, a qual pode ser: normal, deno-

(2) V. nosso trabalho: "Reflexões em torno da distinção entre lei constitucional e lei ordinária" publicado nesta revista no vol. II, n.º 1 e 2, p. 35.

(3) PERGOLES, Osservazioni sul sistema gradualistico delle fonti normative, in *Raccolta di studi diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, p. 373; PETRITCH, Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction de la loi in *Recueil d'études en l'honneur de F. Lambert*, 1938, 231; BONNARD, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre de Merkel in *Revue de droit public*, 1928; E. PEREZ BOTIJA, Apuntes para una teoría de las fuentes del derecho del trabajo español, in *Revista de la Facultad de derecho*, Madrid 1941. CRISAFULLI, Prime osservazioni sul sistema delle fonti normative nella nuova codificazione, in *Stato e diritto* 1942.

minada por poder regulamentar; especial, dependendo de delegação de poderes, sendo os atos normativos realizados no desempenho destas funções chamados decretos legislativos e uma excepcional, independentemente de delegação, cujos atos normativos são os decretos-lei. Na realidade, na técnica administrativa entende-se por faculdade normativa da administração o poder regulamentar.

O perigo da arbitrariedade do monopólio normativo e judiciário na mão de um só órgão ou homem determinou um sentimento de menosprezo pela norma elaborada pela administração. Daí a reação ao poder regulamentar por parte de alguns publicistas.

Nas origens do Estado moderno, com a divisão estanque de poderes, a faculdade regulamentar quase não existia, pois só ao parlamento era atribuído o poder normativo, tendo o governo só a função executiva. A complexidade, porém, das funções do Estado determinaram uma concepção mais lata da divisão dos poderes, levando-se a admitir um poder normativo da administração.

Denomina-se por faculdade normativa da administração o poder de elaborar normas jurídicas denominadas regulamentos.

O regulamento é, pois, a norma jurídica emanada, exclusivamente, da administração, em virtude de uma atribuição constitucional de poderes. São, também, os regulamentos denominados por leis materiais em contraposição às leis formais as quais pressupõem um procedimento especial para a sua elaboração.

Em um sentido amplo os regulamentos podem ser classificados em duas grandes categorias: os regulamentos internos ou administrativos e os externos ou normativos. Os primeiros são aqueles que tem por objeto organizar um ofício ou um ente público internamente, daí serem denominados, também, por regulamentos de organização, não vinculando, todavia, terceiros. Alguns autores negam a este regulamento o caráter de norma jurídica, afirmando serem normas de bom andamento de serviço, sem produzir efeitos jurídicos, enquanto outros defendem a tese da normatividade destes regulamentos, tendo, todavia, campo restrito de aplicação. Estamos com estes últimos, pois, constituem os regulamentos de organização

verdadeiras normas jurídicas conferidoras, genericamente, de direitos e de deveres, todavia, o fato de pertencerem os seus destinatários a uma esfera restrita de pessoas não é motivo jurídico para negar-lhes a qualidade de regras *iuris*. Já os regulamentos externos vinculam pessoas que não estão diretamente subordinadas ao serviço, ao ente público ou a outra atividade da administração. Aos regulamentos externos é que tecnicamente denomina-se por lei material.

Os regulamentos, tecnicamente, podem ser: de execução, independente, delegados ou por autorização especial. Os regulamentos de execução devem conter normas necessárias a aplicação da lei, e nestes casos dizemos serem estes regulamentos normas secundárias em relação às leis que seriam normas primárias. Desta forma estes regulamentos pressupõem a preexistência de uma lei, achando-se nela disciplinada, de forma genérica, a matéria do regulamento. Assim, os regulamentos de execução servem para regular a execução da lei, não podendo contrariar os princípios estabelecidos na norma legislativa. Podem estes regulamentos serem *praeter legem* no caso da lei só conter princípios gerais, dependendo de regulamentação. Nestes regulamentos a administração possui um poder normativo limitado atribuído pelo legislador. O seu fundamento vamos encontrar no fato de que as leis muitas vezes necessitam de regulamentação.

Já os regulamentos independentes são aqueles em que a administração possui um poder normativo genérico atribuído pelo legislador. O fundamento destes regulamentos vamos encontrar no fato de que a administração necessita a faculdade de emanar normas necessárias ao exercício de suas funções.

Os regulamentos delegados, denominados, também, por regulamentos com autorização especial, constituem aqueles para os quais a administração não possui o poder para elaborá-los, sendo este da competência exclusiva do legislativo, necessitando, assim, delegação de poderes por lei. Assim, nestes casos, o executivo regulamenta matéria cuja competência era do legislativo. O regulamento delegado não tem força de lei, podendo ser derogado por um sucessivo regulamento.

A entrada em vigor do regulamento está subordinada ao prazo comum das leis, todavia, pode a

administração, se houver necessidade imperativa, determinar que o regulamento produza seus efeitos da data da publicação.

Os regulamentos, ao contrário do que sustenta LABAND, não necessitam de promulgação, nem de sanção, pois estes são atos do executivo enquanto concorre com os do legislativo na confecção das leis, mas só é necessário a sua publicação.

A administração pelo regulamento, auto-limita-se não podendo deixar de observá-lo ou permitir a sua inobservância num caso singular. Destarte, a derrogação do regulamento só pode ser por norma geral, e não por provimento singular. A inderrogabilidade dos regulamentos constituem um limite ao poder descricionário da administração. A inderrogabilidade da lei material refere-se a impossibilidade do poder da administração de derogá-lo para um caso singular, elaborando uma verdadeira norma singular. E, assim, é porque a conjugação no mesmo órgão das funções normativas e administrativas pode acarretar que um ato de dispensa ou de derrogação singular seja um ato arbitrário ou de privilégio. Os regulamentos internos, todavia, que não vinculam terceiros, podem ser derogados pela autoridade que os emana.

Os regulamentos, em regra, só podem ser derogados por lei; ou por outro regulamento na mesma forma do derogado e emanado pela mesma autoridade; ou por outro regulamento proveniente de uma autoridade superior. Fora destes casos de derrogação expressa podem ser derogados os regulamentos tácitamente quando: contrariam os princípios constitucionais, os das leis ou os de regulamento de autoridade superior.

Não sendo o poder normativo da administração genérico é evidente que constitue uma faculdade limitada. Assim, o regulamento não pode ter por matéria a da competência exclusiva do poder legislativo, nem tão pouco as disciplinadas por lei ou por costume.

Dessarte, a faculdade regulamentar encontra-se limitada :

- 1) pelos princípios estabelecidos na constituição;

- 2) pelos costumes fundamentais, principalmente pelos constitucionais;
- 3) não podendo derogar a lei, nem estabelecer princípios contrários aos formulado por ela;
- 4) não podendo transgredir os princípios gerais que estruturam o ordenamento jurídico;
- 5) não podendo cominar penas, salvo autorização expressa, nem tão pouco elaborar novos impostos ou crear novos delitos;
- 6) não podendo exceder aos limites da esfera normativa delegada à administração pela constituição ou pela lei ordinária;
- 7) não podendo delegar poderes.

Estes são, em linhas gerais, os limites do poder regulamentar.

O problema do fundamento jurídico do poder regulamentar é ainda hoje muito controvertido. Pode-se dizer que constitui esta questão o ponto nevrálgico do tema por nós examinado.

A teoria que teve grande desenvolvimento, principalmente nos Estados totalitários, funda-se no poder descricionário da administração, daí afirmarem, alguns autores, que tendo o executivo poder para estabelecer regras para os casos singulares poderia regular todos esses casos com norma geral. Assim, o que pode a administração dispor caso por caso poderia fazê-lo de forma geral. Dessarte, tudo que a administração pode regular singularmente poderia genericamente.

Já os autores que admitem a teoria da divisão das funções, correspondendo normalmente a cada órgão uma função específica não podem aceitar o fundamento do poder regulamentar no poder descricionário da administração.

Na verdade o poder normativo do executivo é um poder excepcional ou melhor seria dizer especial. Assim, a função normativa conferida acessoriamente à administração é delegada ou pela constituição ou por uma lei ordinária. Desta forma o seu fundamento encontra-se na constituição ou na lei que delega esta competência (x).

(x) BETTI (E), Sulla base giuridica del potere regolamentare, in Rivista di diritto pubblico 1926; BALBI, Sulla base giuridica del potere regolamentare, in Rivista di diritto pubblico, 1927; BODDA, I regolamenti degli enti au-

tarchici 1932; BONAUDI, Il potere politico e la divisione dei poteri, in Scritti giuridici in onore di S. Romano 1940, vol. I; BONNARD, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre de Merkl, in Revue de droit public 1928; CARAVELLI (C) Delegazione legislativa e conferimento di potestà regolamentare e il controllo giurisdizionale (Riv. dir. pubbl. 1929); CAMMEO, Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo, in Tratt. de dir. amm. ital. de Orlando, vol. III; CROSA (E) La dottrina della delegazione di potestà legislativa materiale nel diritto italiano, francese, germanico, (Riv. di dir. pubbl. 1927); Id. Sulla natura giuridica dei regolamenti indipendenti; CINO VITTA, Limitazioni formali dell'attività legislativa, e relativi giudizi della Corte di Cassazione (Riv. di dir. proc. civ. 1930); CARRÉ DE MALBERG (R), La loi, expression de la volonté générale, 1931, p. 84, e seg; CARENA, Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale 1933; CODDACCIPISARRELLI, Legge e regolamenti, in Scritti di dir. pubbl. 1900; CARAVELLI, Delegazione legislativa e conferimento di potestà regolamentare Riv. di dir. pubbl. 1929; DE VALLE, Il fondamento del potere regolamentare (Riv. dir. pubbl. 1930); DONATO DONATI, I caratteri della leggi in senso materiale, (Riv. dir. pubbl. 1910); DE VALLES, Teorica giuridica dell'organizzazione dello Stato, 1931; Id., Il fondamento del potere regolamentare (Riv. di dir. pubbl. 1930); GIOVANNI CAPIZZI-CIANGRECO, La "delegazione parlamentare" ed "piene poteri" nella scienza e nella politica (Riv. di dir. pubbl. 1924); GAMBERRINI (A), I decreti per delegazione legislative, Bologna 1901; GUIDO BEER, Sulla funzione legislativa del governo con particolare riguardo all'art. I n.º 3 della legge 31 gennaio 1926 (IV) n.º 100, in Studi giuridici in onore di S. Romano, vol. I; GUIZOT, Histoire de la révolution d'Angle-

terre; LUREAU, De l'interprétation des réglemens administratifs, 1930; KLEIN, La teoria dei poteri nel diritto costituzionale del Nord America 1909; LESSONA, La legge, il regolamento e la sentenza rispetto alla loro riforma (Riv. di dir. pubbl. 1910); LIUZZI, I regolamenti di esecuzione emanati per decreto ministeriale (Foro amm. 1927); MARCHI Sul concetto di legislazione formale, sanzione regia e rapporto fra capo dello Stato e camera, 1911; MONTESQUIEU, L'Esprit des lois; MARIANI, La divisione dei poteri e la riforma costituzionale, 1928; MORTATI, Osservazione sulla potestà regolamentare del governo (Foro amm. 1932); ROCCO, Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche (Arch. giur. 1925); RANELLETTI, Istituzione di diritto pubblico, 1937, p. 54; Id., La potestà legislativa del governo (Riv. di dir. pubbl. 1926); RAGGI (L), Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare, Milano 1924; RAGNISCO, Forme anomale di regolamento, (Riv. di dir. pubbl. 1932); SABINI (G), La funzione legislativa e i decreti legge, Roma 1923; SALTIELLI, Potere esecutivo e norme giuridiche, Roma 1926; TOSATO, La legge di delegazione 1931; VACCHELI (G), Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche (Riv. di dir. pubbl. 1926); VICARIO, Promulgazione e pubblicazione delle leggi e dei decreti (Riv. di dir. pubbl. 1932); ZANOBINI, Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare (Arch. giur. 1922); Id., L'attività amministrativa e la legge (Riv. di dir. pubbl. 1924); Id., Le norme interne di diritto pubblico (Riv. di dir. pubbl. 1915); Id., Sul fondamento giuridico della inderrogabilità dei regolamenti (Riv. di dir. pubbl. 1917); Id., Gerarchia e parità fra le fonti, in Studi giuridici in onore di S. Romano, vol. I; Id., Caratteri particolare dell'autonomia, in Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti, vol. II, 1931.