



Seção: Artigos Científicos

Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro

Public administration reserve: conceptual definition and applicability in Brazilian Law

Paulo Henrique Macera

Resumo: O presente trabalho traz um estudo a respeito da reserva de administração, compreendendo-a sob dois aspectos: a reserva de administração em sentido estrito e a reserva de regulamento. A primeira está implícita na própria noção de separação de poderes, enquanto a segunda, consolidada na Constituição da França e de Portugal, é de existência polêmica no direito brasileiro, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001. Para tal, serão abordados alguns temas correlatos ao instituto, a conceituação e a aplicabilidade da reserva de administração em suas duas espécies e o modo como a Constituição de alguns países europeus disciplinam a reserva de administração. Também serão abordadas as espécies regulamentares no Brasil e a maneira como o Supremo Tribunal Federal encara o instituto em ambas as suas espécies. Ao final, será proposta uma análise do instituto no Brasil após a edição da mencionada Emenda.

Palavras-chave: reserva de administração; reserva de regulamento; regulamento autônomo; princípio da legalidade; separação de poderes.

Abstract: This paper presents a study about the Public Administration reserve, understanding it from two aspects: the Public Administration reserve in the strict sense and regulation reserve. The first is implicit in the notion of separation of powers, while the existence of the second, consolidated in the French and Portugal Constitutions, is controversial in Brazilian law, especially after the issuance of Constitutional Amendment nº 32/2001. To this end, it will be discussed some topics related to the institute, the conceptualization and applicability of the reserve administration in its two species and how the Constitution of some European countries disciplines the Public Administration reserve. Regulatory species in Brazil will also be discussed and how the Supreme Court views the institute in its both species. Finally, it will be proposed an analysis of the institute in Brazil after the issue of that Amendment.

Keywords: public administration reserve; regulation reserve; autonomous regulations; legality principle; separation of powers.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p333-376>

Artigo submetido em: fevereiro de 2014

Aprovado em: março de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Paulo Henrique MACERA*

Sumário: 1 Introdução; 2 Questões inerentes à reserva de administração; 3 Reserva de administração e suas classificações; 4 Breve abordagem da reserva de administração no Direito europeu; 5 reserva de administração e reserva de regulamento no Brasil; 6 Conclusão; 7 Referência bibliográfica.

1 Introdução

A separação de poderes, embora seja mais desenvolvida no direito constitucional e na teoria do Estado, é tema igualmente relevante para o direito administrativo. A busca pela limitação do poder estatal e pelo equilíbrio de forças no jogo político entre os Poderes, aspectos típicos do constitucionalismo, foram fatores que também colaboraram para a evolução, sobretudo em uma etapa embrionária, da ciência jus administrativa. O objeto desse ensaio é um tema afeto à separação de poderes.

A reserva de administração é um instituto do direito constitucional e administrativo, com o qual os sistemas jurídicos de alguns países europeus estão mais familiarizados do que o brasileiro. Envolve questões ligadas à separação de poderes (tendo por foco o Poder Executivo), às funções típicas e atípicas dos poderes, ao princípio da legalidade, à reserva de lei, ao poder regulamentar, à organização da Administração, etc.

Um dos principais temas ligados à reserva de administração refere-se à chamada reserva de regulamento. Se, por um lado, é bastante polêmica a existência de uma eventual e restrita reserva de regulamento no sistema constitucional brasileiro, por outro, é pacífico que não há que se falar desses institutos da mesma forma que se faz em alguns países europeus. Todavia, a reserva de administração não se restringe a esse instituto. Assim, objetiva-se com esse artigo¹ trazer uma abordagem conceitual a respeito da reserva de administração, verificando sua abrangência, espécies, formas de manifestação e assuntos correlatos.

Optou-se por uma divisão do desenvolvimento do tema em quatro partes. A primeira visa abordar, de maneira sucinta e direcionada, alguns temas de direito administrativo e constitucional que orbitam o assunto em comento. A segunda tem por fim desenvolver um estudo conceitual e taxonômico sobre a reserva de administração, a

* *Bacharel em Direito e Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo. Advogado.*

¹ O presente artigo foi formulado a partir do aprofundamento e adaptação para artigo do trabalho de conclusão do curso da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Registra-se o agradecimento ao professor Fernando Dias Menezes de Almeida, orientador do trabalho, pelo apoio e valiosos comentários que contribuíram para sua formulação.

reserva de regulamento, o regulamento autônomo e demais espécies regulamentares. A terceira abordará, de maneira geral e sintética, como a reserva de administração é tratada na França, em Portugal, na Itália e na Alemanha, no intuito de complementar a segunda parte e fornecer um suporte de apoio para a quarta. Por fim, a última objetiva discorrer sobre a reserva de administração no direito brasileiro, visando, sobretudo, analisar as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 32 de 2001. Para tal, serão abordados: a evolução histórica recente do tratamento constitucional da matéria; as posições doutrinárias de juristas brasileiros acerca da admissibilidade do instituto da reserva de regulamento; o panorama da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a reserva de administração; e, enfim, uma proposta uma interpretação desses institutos em face da atual sistemática constitucional brasileira.

2 Questões Inerentes à Reserva de Administração

Considerando a relevância para o desenvolvimento do instituto da reserva de administração, importante se mostra a realização de uma breve análise dos temas da separação de poderes, funções típicas e atípicas dos Poderes do Estado, princípio da legalidade e reserva de lei, no intuito de estabelecer algumas premissas iniciais.

2.1 Separação de poderes

Mais do que um critério funcional de repartição do exercício das funções estatais, a separação de poderes é um método de limitação do poder estatal e, sobretudo, daqueles que o exercem. Consequentemente, ela cumpre importante papel na garantia dos direitos fundamentais, notadamente os de primeira geração. Historicamente, apresenta um sentido de superação das monarquias absolutistas, que caracterizavam o chamado Estado de Polícia, e adquire um conteúdo político de proteção dos indivíduos em relação aos abusos dos que exercem as funções estatais.

É sempre válido destacar que a expressão separação dos poderes apresenta uma impropriedade técnica. O poder é uno e indivisível e, em um Estado de Direito, emana do povo. A divisão que efetivamente ocorre é a da manifestação desse poder por meio de órgãos que exercem funções (BASTOS, 1997, p. 340).

Uma das teorias sobre separação de poderes mais influente foi a proposta por Montesquieu, que conjugou uma divisão funcional e orgânica do poder em uma metodologia tripartite.² A grande contribuição do autor não foi a constatação da necessidade de divisão de funções para exercício do poder – percepção essa já identificada em teóricos antecessores, como Aristóteles – mas sim a proposição, amplamente aceita na estruturação dos Estados Ocidentais, de que tais funções deveriam estar conectadas a três órgãos distintos e independentes entre si.

² Evidentemente que outras teorias tiveram enorme importância na evolução teórica do tema, tais como as teorias de Aristóteles e Locke.

Embaladas por essa teoria, grande parte das Constituições desses Estados adotou uma sistemática de separação de poderes baseada no chamado “sistema de freios e contrapesos”, prevendo, ao lado da repartição de competências entre poderes, mecanismos de mútuo controle, visando garantir tanto a independência como a harmonia entre eles. Conforme DALLARI (2002, p. 219-220), esse sistema, associado à ideia de Estado Democrático, subdividiu os atos do Estado em gerais e especiais.

Os gerais deveriam ser editados principalmente pelo Poder Legislativo e ter a natureza de normas gerais e abstratas, de modo que, ao serem editadas, afetariam destinatários desconhecidos. Já os atos especiais só poderiam ser emitidos com a presença de um ato geral que o autorizasse. Esses, emitidos em regra pelo Poder Executivo, dar-se-iam por mecanismos concretos disponibilizados a esse poder e encontrariam limites nos atos gerais. Enfim, o Poder Judiciário atuaria para corrigir qualquer exorbitância no exercício de tais poderes.

Contudo, é pacífico o descabimento de uma interpretação rígida acerca das teorias da separação dos poderes, sendo rejeitada qualquer premissa voltada a compreender as divisões das funções estatais entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como absolutamente estanques. A necessidade de harmonia entre os poderes,³ voltada à viabilização do próprio exercício da função estatal, é incompatível com tal rigidez. SILVA (2008, p. 111) aponta que, especialmente entre o Poder Legislativo e o Executivo, a harmonia é um pressuposto para um bom desempenho de suas funções. Essa não significa o domínio de um Poder pelo outro ou usurpação de atribuições, mas sim a criação de um sistema de colaboração e controle recíprocos para evitar distorções e desmandos por parte de um deles.

A opção política⁴ de diversos países, dentre os quais certamente se inclui o Brasil, por um modelo de Estado regulador – em substituição de um modelo estatal de intervenção direta na prestação de serviços públicos, que, por sua vez, havia substituído modelos mais liberais – ampliou o papel da atividade normativa da Administração Pública. Nesse contexto, o Poder Legislativo cede espaço ao Poder Executivo na produção de normas jurídicas – embora continue sendo o ator principal. Desse modo, a formulação clássica do princípio da separação de poderes, bem como do próprio princípio da legalidade, passam por uma releitura.⁵

Ao utilizar o princípio da separação de poderes, portanto, o jurista deve ter em mente que ele não pode ser interpretado de maneira rígida, tampouco como um fim em si. Há de se considerar a necessidade de limitação ao exercício de cada um dos poderes, sem que isso inviabilize a atuação institucional desses. Deve-se buscar um equilíbrio salutar na relação dos poderes visando sempre o bom desempenho dos objetivos e

³ Explicitada no ordenamento pátrio no artigo 2º da Constituição.

⁴ Boa ou ruim do ponto de vista político, econômico ou social, o fato é que ela existe.

⁵ Sobre tal reformulação do princípio da separação de poderes: CORREIA (2007, p. 578-579).

funções Estado sem indevidos desvios – essas sim podem ser consideradas as finalidades da separação de poderes.

2.2 Funções e relações do Poder Legislativo e Executivo

O Brasil adotou, conforme apontado, a técnica de independência e harmonia entre os poderes. Privilegiou, assim, a interação, colaboração e o mútuo controle entre eles. Nessa toada, repartiu as funções estatais básicas entre os poderes, sendo uma (ou algumas) predominante e outras duas de caráter secundário. Assim, diz-se que cada Poder tem a suas funções típicas e atípicas.

As funções típicas do Legislativo são as de legislar e fiscalizar.⁶ Já o Poder Executivo é o órgão constitucional responsável pela prática de atos de chefia de Estado, de Governo e de Administração.⁷ Assim, é possível dizer que suas funções típicas são a de administrar o Estado e conduzir a política, pautado nas leis aprovadas pelo Legislativo.⁸

No que tange às funções, segundo SEABRA FAGUNDES (2006, p. 6-7), a legislativa é identificada como a função de formação do direito. Citando Duguit, aponta que essa ocorre mediante a edição do direito positivo posterior à Constituição, estabelecendo normas gerais, abstratas e obrigatórias. Já a função administrativa, que para o autor é, junto com a função judiciária, espécie da função executiva, configura-se pela determinação pelo Estado de situações jurídicas individuais, concorrendo para a sua formação, por meio da prática de atos materiais.

A edição de regulamentos de execução pelo Presidente, apesar de ser um ato normativo, está inserida dentro das funções típicas do Poder Executivo, uma vez que viabiliza a execução da lei, sem inovar significativamente na ordem jurídica. O poder regulamentar, portanto, não perde seu caráter administrativo pelo fato de ser, em regra, pautado na edição de atos gerais e abstratos.

Já entre as funções atípicas do Executivo, a que merece mais destaque para fins deste estudo é o exercício de função legislativa. Aponta a doutrina, basicamente, que o Poder Executivo legisla ao editar medidas provisórias, editadas conforme o artigo 62 da Constituição, e ao exercer seu poder de sanção e veto.⁹ Caso se admita, entretanto, a existência de um campo, em benefício do Executivo, de inovação na ordem jurídica com a possibilidade de edição dos chamados atos normativos primários (sobretudo se esse espaço for exercido em caráter de exclusividade, sem a incidência do princípio da primazia da lei), estar-se-á ampliando o campo da sua função legislativa atípica.

⁶ Nesse sentido: MORAES (2008, p. 408).

⁷ Nesse sentido: MORAES (2008, p. 463).

⁸ Evidentemente, não se pretende aqui alargar as discussões a respeito das funções do Estado, cuja delimitação e taxonomia, seguramente, não é pacífica. Para uma abordagem mais aprofundada das funções estatais e sistematização das diversas classificações, vide: MIRANDA (2002, p. 335-370).

⁹ Por exemplo, MORAES (2008, p. 463).

2.3. Princípio da legalidade administrativa

O princípio da legalidade, mais do que um mero aspecto de um Estado de Direito, é um de seus pressupostos. Esse mandamento consolida a ideia de que a Administração Pública deve se submeter e exercer suas atividades conforme a lei. De acordo com BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 100), é a tradução jurídica da ideia política segundo a qual aqueles que exercem o poder em concreto estão submetidos a um quadro normativo que vede favoritismos, perseguições ou desmandos – nessa definição do autor, percebe-se uma maior aproximação do caráter material de legalidade, que, em última análise, aproxima-se do princípio da impessoalidade.¹⁰

Assim, diz-se que o Estado de Direito é aquele governado pelas leis, e não pelos homens. A lei consagra a noção de soberania popular e cidadania, não apenas pela limitação de quem exerce o poder, mas também pela carga de legitimidade que ela traz consigo: é, por excelência, o ato normativo representante da vontade popular.

Evidentemente, não se objetiva aqui esmiuçar o estudo da legalidade administrativa.¹¹ Todavia, importante o estabelecimento de algumas premissas.

O “agir conforme a lei” presente na legalidade não pode ser compreendido com base no sentido formal de lei. Deve ser entendido como o “agir conforme o direito”, que engloba todo o bloco normativo ao qual a Administração se submete: leis formais, regulamentos, outros atos normativos emanados pela própria Administração, e, acima de todos esses, a Constituição. Nesse sentido, MARRARA (2010, p. 232) destaca que “o Estado não age sem o suporte no Direito (relação de juridicidade necessária) e, sobretudo, na Constituição (relação de constitucionalidade necessária)”. A partir dessa ideia, alguns autores passam a falar em um princípio da juridicidade administrativa.¹²

Evidentemente, para se extrair uma norma aplicável a determinado caso concreto, deve-se levar em conta esse bloco normativo como um todo sistêmico, considerando toda a hierarquia normativa entre os diplomas. Curioso, nesse ponto, notar que a Administração Pública, ao mesmo tempo em que se submete a este bloco normativo, auxilia na sua construção, notadamente por atos normativos de menor hierarquia.

Como a Administração tem a função de atuar na busca da concretização dos interesses públicos e direitos cosagrados pelo ordenamento, incorreta é a leitura segundo a qual o princípio da legalidade apenas permite a atuação administrativa quando houver autorização legal escrita e específica – embora isso seja exigido em alguns casos.

¹⁰ Sobre a proximidade das noções de legalidade material, impessoalidade e isonomia: ALMEIDA (2012).

¹¹ Até porque seria pretencioso tentar abordar de maneira aprofundada esse complexo tema, de modo incidental e em poucas linhas. Alguns interessantes estudos sobre o tema: MARRARA (2006); GUERRA (2008); SCHIRATO (2008); DI PIETRO (2012); MOREIRA (2012); etc.

¹² Sobre o princípio da juridicidade administrativa: BINENBOJM (2009, p. 34-38).

Conforme destaca MEDAUAR (2008, p. 123), a compreensão prática do princípio da legalidade administrativa, em seu significado operacional, não é tarefa simples. Apoiada na doutrina de Eisenmann, aponta quatro possíveis significados da legalidade administrativa: a possibilidade de realização, pela Administração, de todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; a dependência de uma norma autorizadora para a Administração praticar seus atos e medidas; o condicionamento da permissão de atos administrativos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; e, por fim, a possibilidade da Administração apenas realizar atos ou medidas que a lei ordenar fazer. Quanto maior a intervenção da medida administrativa nos direitos e liberdade individuais, mais estrita deverá ser a vinculação dessa atuação à norma legal. Trata-se da noção de legalidade fraca – pautada em uma relação de compatibilidade da conduta administrativa com a lei – e legalidade forte – pautada em uma noção de conformidade –, essa última sempre presente quando a atuação administrativa se mostrar mais afeta a direitos e liberdades.¹³

Conforme já alertado, o atual panorama da separação de poderes redefiniu o papel das fontes do Direito, notadamente o administrativo. O fenômeno da constitucionalização do Direito, o aumento da demanda regulatória do Estado e, ainda, a inviabilidade¹⁴ do Poder Legislativo normatizar todas as situações foram fatores que contribuíram para a ampliação da atuação normativa da Administração Pública. Nesse sentido, OTERO (1995, p. 539) aponta para um aumento da legitimidade político-democrática para as estruturas de decisão da Administração.

Em síntese, é possível dizer que o princípio da legalidade sofreu adaptações, tendo como principal escopo o próprio aumento do caráter democrático que o caracteriza. Entretanto, seu protagonismo em um Estado de Direito e sua importância como legitimador da conduta administrativa, inegavelmente, ainda subsiste.

2.4 A reserva de lei

A reserva de lei, se compreendida em um sentido mais amplo, sequer precisaria ser tratada em um tópico a parte. As noções complementares de que o Estado não pode atuar sem o suporte na “lei” e que a atuação estatal somente será considerada válida se não contrariar a “lei” – compreendido o conceito de lei, conforme já apontado, como o direito – consubstanciam as regras da “reserva legal” (em sentido amplo) e

¹³ Para um estudo clássico e originário dessas noções, vide: EISENMANN (1959).

¹⁴ Inviabilidade essa decorrente: a) da impossibilidade prática do legislador prever todas as situações; b) dificuldade técnica de o legislador normatizar todas as situações possíveis, ainda que fossem previsíveis; e c) da acentuada desvantagem, do ponto de vista da tutela do princípio democrático, da propositura exaustiva de normas pelo Legislativo, uma vez que sedimentaria toda a margem de manobra da atuação do Poder Executivo e da Administração, causando um desequilíbrio perigoso na separação de poderes.

“supremacia da lei” que juntas formam a base central do princípio da legalidade.¹⁵ Todavia, reserva de lei, em sentido restrito, deve ser encarada de outra maneira.

Os países cujo ordenamento constitucional consagrou um campo subsidiário de matérias a ser tratado pelo regulamento autônomo – campo residual de reserva de regulamento – a expressão “reserva de lei” adquire um conteúdo diferente. Designa justamente todas as matérias que, por força constitucional, podem e devem ser tratadas por meio de lei formal. Fora desse campo, as matérias só podem ser tratadas por meio de regulamento. Nesse sentido, RIVEIRO (1981, p. 68) afirma que o “domínio da lei” é um espaço em que o legislador é simultaneamente senhor e prisioneiro.

No Brasil, a “reserva de lei” em seu sentido mais restrito possui conteúdo um pouco diferente se comparado com esses países. Embora também designe matérias que somente podem ser normatizadas¹⁶ por meio de lei (ordinária ou complementar), é perfeitamente possível a edição de lei fora desse campo. Se em países como a França a reserva de lei demarca tanto o campo em que é obrigatória a normatização da matéria por meio de lei como o campo em que é possível o tratamento da matéria na via legal, no Brasil ela demarca somente o campo da obrigatoriedade da edição de lei.

Assim, fora do campo da reserva de lei em sentido estrito – e desde que não invada determinado campo de reserva de regulamento, para aqueles que o admitem – será possível o tratamento da matéria na via regulamentar (desde que preenchidos alguns requisitos), subsistindo a ideia de supremacia da lei, caso ela seja futuramente editada. Em linha semelhante, GRAU (2002, p. 184) entende que a existência de matérias que só podem ser tratadas por lei possibilita que as demais sejam tratadas por regulamentos, uma vez que a Constituição não pode ter disposições inúteis. Em outras palavras, como a Constituição deixou expresso que algumas matérias devem ser tratadas pela lei formal em uma relação de obrigatoriedade, as demais matérias se sujeitariam ao princípio da legalidade, mas não à reserva de lei em sentido estrito, podendo ser tratadas por regulamento. Concorde-se com a posição do autor, todavia com uma ressalva: existem reservas de lei não expressas na Constituição.

Há, entretanto, autores que entendem não existir no direito brasileiro uma reserva legal, com base no artigo 48, *caput*, da Constituição.¹⁷ É aparentemente o entendimento de BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 99-106). Tratando da legalidade, sequer faz menção a essa “reserva legal”, apontando que toda a atividade

¹⁵ Nesse sentido: MARRARA (2010, p. 231-234).

¹⁶ Evidentemente, fala-se aqui em normatização de matérias em sede primária. A edição de regulamentos de execução – normatização secundária em relação à Constituição – é perfeitamente possível em campo de reserva de lei.

¹⁷ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...).”

administrativa se sujeita à lei. Assim, todas as matérias estariam sujeitas a lei, não fazendo sentido designar um campo em que a edição dela seria obrigatória. De qualquer forma, seja qual o entendimento adotado, não é possível se falar no Brasil em reserva de lei como contraponto de uma reserva de regulamento.

3 Reserva de administração e suas classificações

Segundo CANOTILHO (2001, p. 739), reserva de administração é definida como “um núcleo funcional de administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento”. Já JUSTEN FILHO (2005, p. 150-151), ao não admitir tal instituto no Direito pátrio, compreende a “reserva de administração” como uma vedação às ingerências do Poder Legislativo em alguns temas administrativos e a presença de limites à disciplina legislativa. Nota-se que o administrativista compreende o instituto como a vedação da edição de atos normativos pelo Parlamento dentro de determinado campo reservado ao Poder Executivo. Embora seja um dos principais aspectos da discussão acerca da reserva de administração, parte-se aqui de uma noção conceitual mais ampla. Em obra específica sobre a reserva de administração, CORREIA (2007, p. 584-585) a define como “um espaço autônomo – e, por isso, insubordinado – de exercício da função administrativa, normativa e concretizadora da tutela dos direitos fundamentais”.

É com uma amplitude mais próxima dessa última base conceitual apresentada que se compreende o instituto. Entende-se aqui reserva de administração como *o conjunto das formas de proteção estruturado na Constituição, de maneira explícita e implícita, em benefício do Poder Executivo e da Administração Pública como um todo, para que esses possam realizar suas funções administrativas e prerrogativas correlatas, para o bom cumprimento dos respectivos papéis institucionais.*

Segundo PIÇARRA (1990, p. 335-336), há duas espécies de reserva de administração: uma geral e outra específica. A primeira, associada à ideia de separação de poderes, pauta-se na vedação às invasões de um Poder no núcleo essencial das funções típicas de outro. Decorre da reserva geral a proibição voltada ao Legislativo e ao Judiciário para que esses Poderes, a pretexto de atuar no âmbito de suas funções típicas, não adentrem no campo da função administrativa, notadamente no mérito administrativo.

Por sua vez, a reserva específica de administração configura-se quando o ordenamento jurídico – sobretudo, a Constituição – destacar determinada matéria da seara do Parlamento, atribuindo a competência para normatizá-las exclusivamente ao Poder Executivo. É a ideia da criação de um “domínio normativo de regulamento”, ainda que restrito em termos de abrangência, ao lado do “domínio da lei”.

Em classificação também dicotômica, CORREIA (2007, p. 585-596) divide a reserva de administração (*lato sensu*) em reserva de administração *stricto sensu* e reserva de regulamento. A primeira é destinada a proteger exercício da função administrativa em

seu conteúdo essencial e concreto, a englobar tanto atos administrativos unilaterais (formais ou materiais) quanto bilaterais, bem como procedimentos administrativos, que não poderiam ser substituídos nem pelo legislador, tampouco pelo órgão jurisdicional. Quanto à reserva de regulamento, a autora subdivide em mais duas categorias: a “reserva de regulamento autônomo”, semelhante à reserva específica de administração de Piçarra, e “reserva de regulamento de execução”, destinada a resguardar um espaço para o bom desempenho do poder regulamentar – o que, segundo a classificação de Piçarra, estaria inserido na reserva geral de administração.

Propõe-se uma classificação nos moldes de Piçarra, que leve em conta uma reserva de administração que tutele o núcleo essencial da função administrativa – a princípio destinada ao Executivo, porém extensível aos demais poderes quando exercerem tal função – e outra que resguarde ao Executivo a exclusividade para exercer a função legislativa em determinado campo. Contudo, será adotada a terminologia “reserva de administração em sentido estrito” e a “reserva de regulamento”.

3.1 Reserva de administração em sentido estrito

A reserva de administração em sentido estrito tem por função a proteção da Administração Pública, visando resguardar o núcleo central da função administrativa contra indevidas ingerências. Tutela, assim, o mérito administrativo.

Desta forma, vedam-se indevidas ingerências tanto de entidades do Legislativo como do Judiciário nesse campo atribuído à Administração para o exercício da função principal. Tal proteção não favorece somente ao Poder Executivo, mas sim à Administração Pública como um todo.

Alerte-se, mais uma vez, que na classificação de CORREIA (2007, p. 596) a reserva de administração *stricto sensu* referia-se apenas aos atos concretos e específicos, excluindo os chamados atos administrativos normativos. Contudo, na definição ora adotada, incluem-se os atos normativos (gerais e abstratos) que também podem ser editados no âmbito da função administrativa, viabilizando a execução da lei, afinal o poder regulamentar é função típica do Poder Executivo.

Essa modalidade de reserva de administração pode ser oposta tanto em relação à função legislativa, quanto em relação à jurisdicional.

3.1.1. Em Relação à Função Legislativa

Por meio dessa reserva, é defeso ao Poder Legislativo (ou quem exerça atipicamente a função legislativa) invadir o campo da execução de lei, próprio da Administração Pública. Em outras palavras, não é possível, a pretexto de se exercer a função legislativa, a invasão do espaço da função administrativa, seja pela utilização desnecessária e abusiva de leis de efeito concreto ou leis de caráter específico (afastando-se do caráter geral e abstrato dos atos legislativos), seja pela

regulamentação legal exacerbadamente minuciosa nos campos em que se requer maior margem de atuação da Administração – por atos abstratos ou mesmo concretos.

Nessa toada, CORREIA (2007, p. 597) destaca que “o parlamentar não poderia, a pretexto de legislar, administrar”. Aponta ainda que o Legislativo não poderia adentrar em um “domínio de execução”, de modo a “executar legalmente a lei”.

Logo, extrai-se da reserva de administração em sentido estrito um impedimento ao legislador de editar uma lei com descrição normativa excessivamente detalhada a ponto de inviabilizar o exercício da função administrativa, seja engessando indevidamente a atuação da Administração Pública em concreto (não dando abertura para a atuação do poder discricionário, quando recomendável), seja por perder a lei, sem motivo justificável, seu caráter material de ato geral e abstrato, ou ainda por restringir o campo do poder regulamentar, quando esse for recomendável.

Evidentemente, a tarefa de saber se a lei ultrapassou esses limites apresenta-se bastante complicada. Além da subjetividade do interprete, tem-se uma ausência de critérios prévios para análise – ou mesmo inviabilidade ou dificuldade prática em estabelecê-los. É uma tarefa a ser desenvolvida, em boa parte, casuisticamente. Essa função de controle poderá ser exercida pelo Judiciário, órgão alheio ao conflito, inclusive no âmbito do controle de constitucionalidade.

Decorre também dessa reserva de administração a vedação de que o Poder Legislativo funcione como instância revisora de atos administrativos que tenham sido editados pelo Poder Executivo no desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Não pode, por exemplo, o Legislativo anular uma licitação ou condicionar a celebração de um contrato ou convênio à sua ratificação.¹⁸

Por fim, a atribuição constitucional da iniciativa, ao Chefe do Poder Executivo, do processo legislativo em determinadas matérias é também uma modalidade dessa reserva. Embora se refira à função legislativa, são matérias de fortes interesses administrativos, ou mesmo de interesse do próprio Poder Executivo.

3.1.2 Em relação à função jurisdicional

Em um Estado de Direito, além da submissão ao princípio da legalidade, os atos administrativos se sujeitam ao controle judicial – quando se tratar do sistema de unidade de jurisdição – consoante DI PIETRO (2008, p. 708). Os juízes dispõem, para tal, de prerrogativas para garantir suas imparcialidade e isenção.

¹⁸ Há, todavia, hipóteses na Constituição que submetem alguns atos ou contratos à apreciação do Poder Legislativo, como o artigo 49, inciso XII, que submete à apreciação do Congresso Nacional os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão. Evidentemente, tais atos não configuram violação dessa forma de reserva de administração.

Entretanto, conforme destaca SEABRA FAGUNDES (2006, p. 179-180) esse controle está sujeito a restrições. O Poder Judiciário não poderá funcionar como instância revisora de decisões administrativas. O que se veda, assim, não é o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, mas sim a sub-rogação jurisdicional.

Não se objetivando o aprofundamento no tormentoso tema dos limites do controle judicial, cabe tecer algumas considerações. Há tempos não se aceita mais a concepção de que o controle judicial dos atos, processos e decisões administrativas esteja restrito a aspectos de legalidade. A partir disso, alguns autores¹⁹ sustentaram a possibilidade de controle do mérito administrativo. Com a devida vênia, discorda-se de tal posição.

De fato, é amplamente possível que o Poder Judiciário realize controle em aspectos muito mais amplos do que meramente pela conformação da conduta administrativa e a lei formal. Atualmente, os princípios norteadores do direito administrativo – moralidade, impessoalidade, eficiência, etc. – podem ser amplamente utilizados.

Todavia, o princípio da legalidade, conforme já abordado, não é mais compreendido tendo por referência simplesmente a lei formal, mas sim o direito como um todo. Assim, a própria expressão “controle de legalidade”, se tomada nessa acepção, propiciará esse controle jurisdicional mais amplo. Do mesmo modo, o campo do mérito administrativo (demarcador dos limites da discricionariedade administrativa),²⁰ se compreendido como o espaço conferido pelo direito para que o administrador atue, não poderá ser invadido por esse controle.²¹ Logo, não se pode falar que a revisão de um ato imoral ou claramente ineficiente implicaria na invasão de mérito pelo Poder Judiciário. Em nenhum momento o direito conferiu ao administrador a possibilidade de adotar um ato imoral ou um ato manifestamente ineficiente.

Aqui se encontra, portanto, o conteúdo dessa espécie em comento. Emergem, entretanto, dois problemas. O primeiro é a imensa dificuldade de delimitação precisa do campo destinado à decisão de mérito administrativo e, a partir desse, o campo no qual é possível a intervenção jurisdicional.

Como exemplo, basta imaginar a anulação judicial de um ato administrativo por violação ao princípio da eficiência. Se, em um caso concreto, a própria determinação

¹⁹ Nesse sentido, GRINOVER (2011, p. 127) sustenta que a permissão de anulação de ato administrativo por violação da moralidade – previsto na Lei da Ação Popular, por exemplo – permite o controle de atos não evadidos de ilegalidade. Consequentemente haveria uma abertura para que o Poder Judiciário analisasse questões relacionadas ao mérito.

²⁰ Acerca do conceito, dos limites, das espécies e dos vícios da discricionariedade, bem como dos efeitos da boa-fé como limitadora da discricionariedade, ver: MARRARA (2012a).

²¹ Em conclusão semelhante, DI PIETRO (2008, p. 208) sustenta que “[e]ssa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, a interferência da vontade do interprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.”.

de qual medida eficiente adotar pode se mostrar uma tarefa complicada, até que ponto poderia um juiz – que em alguns casos tem conhecimento específico menor que o administrador –, por esse princípio, anular uma decisão administrativa (ou mesmo substituí-la por outra decisão, como ocorre em ações envolvendo políticas públicas).

Uma das possíveis saídas é a utilização do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.²² Esses funcionariam mais propriamente como um juízo que um princípio propriamente dito. Todavia, o juiz, ao apreciar a anulação de decisão administrativa com base nesses princípios, deve afastar somente as que se mostrem desproporcionais ou desarrazoadas de uma maneira mais clara, deixando aos administradores o juízo de conveniência e oportunidade quando a própria escolha da decisão mais razoável (dentre as decisões aceitáveis) estiver implícita no mérito administrativo – sobretudo em campos mais técnicos. Do mesmo modo, o controle jurisdicional com base no princípio da eficiência deve ser realizado de modo a afastar aquelas decisões cuja ineficiência esteja mais patente.

Se o primeiro problema refere-se à delimitação do campo de proteção da reserva, o segundo está relacionado com a competência para exercício do controle. No âmbito da reserva de administração em sentido estrito oposta ao exercício da função legislativa, afronta-se uma situação de confronto de atribuições entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo (em regra), que poderá ser dirimida pelo Poder Judiciário. Já em relação à reserva de administração oposta em face da função jurisdicional, será o próprio Poder Judiciário o responsável por analisar tal questão.

Ou seja, a delimitação, em determinado caso concreto, da fronteira entre a função administrativa e a jurisdicional será determinada pelo próprio Poder que exerce essa última função.²³ Assim, o próprio magistrado deverá, em um exercício de autocontenção, policiar-se para não invadir a esfera reservada à Administração.

3.2. A Reserva de regulamento

A reserva de regulamento pode ser compreendida como um campo de competência, reservado pela Constituição ao Poder Executivo (notadamente na figura de seu Chefe), para a edição de atos normativos, com fundamento direto na Constituição (primárias, portanto), sendo vedada a edição de lei formal pelo Parlamento em relação às matérias submetidas a tal campo. Nesse sentido que se passa a compreender a reserva de regulamento. Cumpre, assim, debater algumas noções ligadas ao instituto.

3.2.1. Atos normativos primários e secundários

²² Não se pretendendo aqui discorrer sobre esses princípios, recomenda-se as seguintes leituras: OLIVEIRA (2006); MARRARA (2012b); NOHARA (2009, p. 51-54); dentre outras.

²³ Problema esse, relativo ao tema da separação de Poderes, digno de um estudo monográfico próprio.

É comum na doutrina a distinção entre atos normativos primários e atos normativos secundários levando-se em conta o fundamento de validade da norma tomando por referência a Constituição. Os primeiros são aqueles cujo fundamento de validade é encontrado na própria Constituição, enquanto atos normativos secundários têm o fundamento de validade em atos normativos primários.²⁴

FERRAZ JÚNIOR (2003, p. 125) apresenta uma distinção de normas, quanto à hierarquia, em normas-origens, que são as primeiras de uma série, e normas-derivadas, todas as demais oriundas dessa norma-origem. Assim, dos atos normativos primários se extrairiam normas-derivadas (as primeiras da série) com fundamento em uma norma-origem retirada da Constituição. Dos atos normativos secundários se extrairiam normas-derivadas (as segundas da série) fundadas em normas-derivadas extraídas de um ato normativo primário. Já se a referência for norma do ato primário, essa será a norma origem das secundárias.

3.2.2 Regulamento e suas classificações

Segundo ALMEIDA (2006, p. 127-128), “regulamentação, no Brasil, é espécie de ação estatal, envolvendo exercício do poder normativo, de caráter geral e abstrato, inerente à Administração, de competência privativa própria do Presidente da República”. Pelo princípio da simetria, estende-se aos chefes do Poder Executivo dos demais entes da Federação. Destaca ainda que, a despeito do caráter materialmente legislativo, trata-se de ato do Executivo. Pode-se dizer que esses se distinguem dos atos administrativos comuns devido a sua abstração e generalidade.

Outros autores acrescentam à mencionada definição a finalidade operacional de que tais atos são destinados à execução das leis.²⁵ Entretanto, tendo em vista que o acréscimo desta expressão limita os regulamentos a uma única espécie, o de execução, prefere-se aqui a definição apontada acima.

Há, entretanto, entendimento no sentido de que os regulamentos não são editados exclusivamente pelo Chefe do Poder Executivo, podendo esses ser editados por outras entidades ou órgãos administrativos dotadas de poder normativo, como por exemplo, as agências reguladoras.²⁶ São os denominados “regulamentos setoriais”.²⁷ Por simples

²⁴ Alguns autores, a exemplo de AMARAL JÚNIOR (2009, p. 529-531), adotam essa mesma dicotomia, utilizando, todavia, as expressões “normas primárias” e “normas secundárias”. Todavia, para não se confundir com outras classificações das normas jurídicas (como as que distinguem normas primárias e secundárias tendo por referência a sanção), bem como por ser aparentemente mais adequada a utilização da expressão “ato normativo” – vez que “norma” é prescrição de conduta e não o diploma em si – prefere-se aqui utilizar a terminologia mencionada.

²⁵ Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 343).

²⁶ Nessa linha: BINENBOJM (2008, p. 153).

²⁷ Não se adentrará nas discussões acerca da hierarquia entre regulamentos e atos normativos setoriais. Sobre o tema, vide: MARRARA (2010, p. 243-245); BINENBOJM (2008, p. 152-155); DI PIETRO (2011, p. 188-198), dentre outras leituras.

opção terminológica,²⁸ mencionar-se-á aqui o termo “regulamentos” somente para os atos normativos dos Chefes do Poder Executivo nas diversas esferas da federação.

3.2.2.1 *Regulamentos de Execução*

Esta espécie de regulamento é a que desperta menos controvérsias na doutrina pátria, no que tange à sua existência e a sua função. O principal fundamento do regulamento de execução é o artigo 84, inciso IV, da Constituição.²⁹

Consoante BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 343), que praticamente restringe o regulamento no Brasil ao executivo, tal modalidade consiste no “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.

Conforme o publicista, são dependentes de lei anterior, uma vez que sua função é justamente viabilizar sua execução. Diz-se, assim, que esses não inovam na ordem jurídica (significativamente) e estão estritamente vinculados ao princípio da legalidade.

3.2.2.2 *Regulamentos autorizados ou delegados*

É difundida a noção de que poderão ser editados regulamentos autorizados ou delegados, pela Administração Pública de um modo geral, sempre que lei formal autorizar a disciplina de determinado ponto da matéria por atos normativos administrativos. Evidentemente, na linha terminológica adotada, não faz muito sentido falar nessa modalidade regulamentar. Primeiramente porque, se editado por demais órgãos e entidades da Administração Pública, não se poderá falar em poder regulamentar – e sim em regulação. Em segundo lugar, porque quando editados pelo Presidente da República, estar-se-á no âmbito dos regulamentos de execução – pouco importando se a lei conferiu autorização expressa ou implícita para sua edição.

Pode-se falar, portanto, em atos normativos administrativos autorizados ou delegados (“regulação autorizada ou delegada”).³⁰ Esses, diferentemente dos regulamentos

²⁸ Evidentemente, não há que se falar em opção terminológica certa ou errada. Contudo, definida a opção, importante manter a coerência terminológica. Assim, na linha doutrinária adotada, a edição de atos normativos por demais órgãos da Administração incompetentes para edição de regulamento, poderá ser chamada de “regulação”.

²⁹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

³⁰ Evidentemente, a mencionada expressão “regulação autorizada” só faz sentido caso se admita uma acepção bastante ampla e menos técnica do termo “regulação”, diferente do sentido normalmente empregado no Direito Administrativo – DI PIETRO (2009, p. 22) define regulação em âmbito jurídico como o “conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”. Assim, compreendendo o termo simplesmente como a edição de atos administrativos normativos (gerais e

independentes, terão natureza de atos normativos secundários. Assim, somente será possível falar em controle de legalidade desses atos, ou, no máximo, de controle de constitucionalidade da lei que delegou ou autorizou sua edição.

3.2.2.3 Regulamentos autônomos

Primeiramente, é importante registrar que parte significativa da doutrina não traça uma distinção entre regulamento autônomo e independente, como, por exemplo, GRAU (2002, p. 253) e BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 341). Todavia, alguns autores adotaram tal distinção conceitual.

Regulamento autônomo é aquele que tem seu fundamento diretamente dado pela Constituição (primários). Mais do que isso, é o regulamento trata de matéria cuja normatização é vedada ao Legislativo. Ou seja, apesar de ser ato normativo do Poder Executivo, esse, por disposição constitucional, assume a função de lei em sentido formal dentro daquele campo de competência, somente podendo ser revogado por ato de mesma natureza. É exatamente no campo da reserva de regulamento que há espaço para o surgimento desse regulamento. A existência ou não de tal modalidade de regulamento no direito pátrio é tema bastante controvertido na doutrina.

MARRARA (2010, p. 248) tratando do poder regulamentar autônomo – em uma acepção mais técnica – e do poder normativo geral da Administração, destaca que a diferença entre eles “não está na possibilidade de agir diretamente com base na Constituição, mas sim no fato de que o poder regulamentar autônomo configura um campo de atuação do Executivo protegido contra ingerências do Legislativo”.

A despeito de ser difundida a nomenclatura “decreto autônomo”, prefere-se não adotá-la. Isso porque o termo “decreto” diz respeito à forma típica pela qual os regulamentos são editados. Assim, ALMEIDA (2006, p. 129) aponta que “o sentido do ‘regulamento’ diz respeito ao conteúdo” e que “a forma típica, no Brasil, de que se reveste o regulamento é o decreto”. Prova de que tais conceitos não coincidem é o fato de que o decreto pode ser usado como instrumento para que o Chefe do Poder Executivo edite atos específicos e concretos, que não tem conteúdo regulamentar.

3.2.2.4 Regulamentos independentes

Conforme proposta terminológica de CYRINO (2004, p. 110-111), os regulamentos independentes, ou *praeter legem*, são aqueles existentes no campo de matérias das quais o legislador ainda não exerceu sua função legislativa. Ou seja, tal modalidade de regulamento tem caráter supletivo em relação à lei formal, mas podem, eventualmente, não ser recepcionados em face de uma superveniência de lei. Assim, os regulamentos independentes possuem um caráter residual e transitório.

abstratos), a expressão “regulação autorizada ou delegada” poderia abranger inclusive atos normativos da esfera disciplinar (praticados em universidades ou presídios, por exemplo).

CORREIA (2007, p. 586), por sua vez, reconhecendo divergências terminológicas quanto ao regulamento independente, afasta tal classificação e adota a dicotomia existente entre regulamentos autônomos e de execução, sendo a diferença pautada na distinção entre atos normativos primários e secundários.

ALMEIDA (2006, p. 129), admitindo somente as modalidades de regulamento executivo e independente no Direito brasileiro, afasta a existência dos regulamentos autônomos nos moldes do direito francês. Para o administrativista, regulamentos independentes são aqueles que não dependem da existência de lei sobre a matéria. Aponta, como exemplo, tanto os regulamentos que se referem à organização administrativa, como os que tratam de matérias, excepcionalmente previstas na Constituição, referentes a direitos e obrigações dos indivíduos – como, por exemplo, os que determinam o estado de defesa, estado de sítio e a intervenção federal. Nota-se, assim, divergência conceitual significativa para tal modalidade regulamentar.

3.2.2.5 Proposição Terminológica

Reconhecendo-se, aqui, a divergência terminológica doutrinária, passa-se a adotar a seguinte distinção entre regulamentos autônomos e independentes: os primeiros são aqueles editados pelo Chefe do Poder Executivo, de natureza primária, insubordinados à lei formal e atuantes no campo de matérias da reserva de regulamento. Sujeitam-se, entretanto, à Constituição e aos princípios gerais do Direito.

Nesse sentido que alguns autores, ilustrativamente, apontam que no campo dos regulamentos autônomos, ocorre uma inversão entre a “camada” da lei e dos atos administrativos normativos da pirâmide de Kelsen. Todavia, aparenta ser mais precisa, para fins ilustrativos, a supressão dessa camada da lei – uma vez que esta sequer pode invadir o campo do regulamento autônomo – e elevação, em seu lugar, do regulamento – permanecendo abaixo os demais atos administrativos normativos.

Já os independentes serão aqui conceituados como aqueles que prescindem de lei para existirem, mas que estão submetidos ao princípio da legalidade e da preferência da lei – em caso de superveniência de lei em sentido formal disciplinando o assunto.

Tal modalidade é perfeitamente compatível com o Direito brasileiro e decorre do poder normativo geral da Administração Pública. Ora, se a Administração deve atuar para realização suas incumbências constitucionais, não se mostra plausível imaginar que essa apenas possa atuar quando houver uma autorização legal expressa nesse sentido (ainda que tal atuação se refira à normatização de determinada matéria).³¹

Nesse sentido, MARRARA (2010, p. 247) destaca que “[a] ausência de lei jamais poderia impedir que a Administração Pública agisse a fim de concretizar os objetivos

³¹ Pertinente, em relação a esse ponto, a discussão sobre o real teor do princípio da legalidade levantada anteriormente.

do Estado”. De maneira precisa, destaca ainda que a ausência de lei específica não impediria a prática de atos administrativos e atos da Administração, inclusive os normativos, desde que esses atos sejam aptos a concretizar os fins do Estado (estampados nos artigos 1º a 4º da Constituição) e estejam balizados pelos princípios basilares de direito administrativo (principalmente os do *caput* do artigo 37 da Constituição). Além disso, há dois pressupostos negativos que impediriam a atuação da Administração em face da ausência de lei específica: a existência de uma reserva legal estrita (seja de lei complementar, seja de lei ordinária) ou a existência de uma reserva não escrita de lei. Essa última é reserva implícita que emerge sempre que se referir a situações que implicam em restrições significativas a direitos e liberdades.³²

Para fins distintivos, passa-se a denominar tal espécie de: regulamento de execução independente.³³ Independente por não estar condicionado à existência de lei anterior (ato normativo primário). De execução por ter o escopo de concretizar mandamentos constitucionais, sobretudo os ligados aos fins do Estado. Nota-se, contudo, que a superveniência de lei (em sentido formal) converte tal espécie, desde que seu conteúdo seja recepcionado, em regulamentos de execução (ou seja, o converte em norma secundária, retirando sua provisória independência).

Acrescenta-se a esses os regulamentos, também independentes de lei, criados em situações excepcionais para atender a situações de urgência. São os regulamentos ligados, por exemplo, ao estado de sítio e a intervenção federal. Cumpre ressaltar, entretanto, que esses atos cumprem um viés político, não se tratando propriamente de atos de administração, consoante CARVALHO FILHO (2013, p. 65). Assim, tais modalidades de regulamentos independentes estão excluídas do campo de proteção da reserva de administração, uma vez que se referem às atribuições da chefia do Poder Executivo em sua função política. Esses poderão ser classificados como regulamentos independentes de necessidade,³⁴ de urgência ou simplesmente regulamentos políticos.

Quanto à admissibilidade de tal espécie regulamentar, que configuram exceções ao princípio da legalidade e ao próprio regime democrático nas situações de estabilidade institucional, deve haver previsão constitucional clara e explícita das situações de urgência ou extrema necessidade que justifiquem sua edição (contendo rigorosos pressupostos e requisitos desencadeadores, e normas procedimentais de edição e controle). São automaticamente revogados ao cessar tais circunstâncias excepcionais.

3.2.3 A Abrangência da Reserva de Regulamento

³² Mostra-se pertinente aqui a anterior discussão acerca dos sentidos da legalidade.

³³ Embora tal abordagem tenha por escopo a análise do regulamento, tais raciocínios se aplicam, evidentemente, aos demais atos normativos da Administração Pública.

³⁴ CARRAZA (1981, p. 13) define regulamento de necessidade como “aqueles por meio dos quais o Chefe do Poder Executivo, para atender a uma situação de fato grave, se apropria das faculdades do Poder Legislativo, cuidando de matérias que só poderiam ser veiculadas mediante lei”.

A classificação de reserva de regulamento em executivo e autônomo é proposta por alguns doutrinadores. Para quem a admite,³⁵ a reserva de regulamento de execução consiste no campo reservado ao Executivo para editar atos normativos gerais e abstratos, no plano infralegal (norma secundária), visando viabilizar a execução da lei.

Como decorrência dessa reserva, impõe-se à lei que deixe margem mínima para que o Poder Executivo possa, no exercício de sua função típica (ainda que não se trate de atos concretos), editar atos normativos visando dar disposições operacionais uniformizadoras para dar execução às leis. Em outras palavras, é um espaço reservado ao Executivo para este dar operatividade funcional à lei, por meio do exercício da competência regulamentar de execução (OTERO, 2003, p. 752).

Ocorre que, pela classificação ora proposta, essa modalidade de reserva está inserida no âmbito da reserva de administração em sentido estrito oposta à função legislativa.

Deste modo, o que se denomina aqui de reserva de regulamento é justamente o espaço destinado à edição de regulamentos autônomos, ou seja, é o campo delimitado pela Constituição destinado à edição de regulamento com força de lei em sentido formal, não havendo que se falar no princípio da primazia da lei.

As matérias destinadas ao campo da reserva de regulamento se referem geralmente a áreas de grande interesse administrativo ou de interesse do Poder Executivo. Mesmo nas reservas delimitadas residualmente em relação ao campo da lei, as matérias insertas nesse espaço são de interesse eminentemente administrativos ou, ao menos, matérias de menor importância e menos afetas a direitos. Assim, se no jogo da distribuição de poderes de determinado país optou-se por destiná-las exclusivamente ao Executivo, a reserva de regulamento será uma espécie de reserva de administração.

4 Breve Abordagem da Reserva de Administração no Direito Europeu

Tendo em vista a maior familiaridade do ordenamento constitucional de países europeus – e mesmo da doutrina de tais países – com instituto da reserva de administração e, sobretudo, reserva de regulamento, passa-se a abordar sucintamente algumas características do instituto em alguns desses países, sem a pretensão de realizar um estudo do direito estrangeiro, tampouco de direito comparado.

O sistema constitucional francês é destacado como um dos principais, senão o principal, exemplo de desenvolvimento da reserva de regulamento. A Constituição francesa de 1958 é apontada como importante marco do instituto. Todavia, conforme aponta BINENBOJM (2008, p. 159-161), a Lei de 17 de agosto de 1948 já havia previsto a existência do campo do domínio da lei e do regulamento.

³⁵ Nesse sentido: CORREIA (2007, p. 585-588).

São os artigos 34³⁶ e 37³⁷ da mencionada Constituição que, especialmente, delimitam esses dois campos. Conforme esclarece FERREIRA FILHO (1966, p. 31-34), trata-se de metodologia de determinação de competência normativa de cunho residual. Enquanto o artigo 34 elenca uma série de matérias reservadas ao Poder Legislativo, o artigo 37 estabelece que as demais matérias não elencadas no artigo 34 têm caráter regulamentar. Aponta o constitucionalista que, a despeito de ser residual o campo do

³⁶ "Article 34:

La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales;
- la création de catégories d'établissements publics;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux:

- de l'organisation générale de la Défense Nationale;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources;
- de l'enseignement;
- de la préservation de l'environnement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique."

³⁷ "Article 37:

Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières *peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État*. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que *si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire* en vertu de l'alinéa précédent." (grifos nossos)

regulamento (muito em conta das aspirações autoritárias de Charles de Gaulle à época da edição da Constituição), abarca um leque bastante significativo de matérias.

Contudo, BINENBOJM (2008, p. 161-162) ressalta que, embora muitas matérias estivessem elencadas no artigo 34, a doutrina e jurisprudência francesa acabaram por relativizar a separação entre os dois domínios, dando uma interpretação ampliativa ao domínio da lei – restringindo, na prática, o campo do regulamento. Com essa relativização, restaram ao Poder Executivo, basicamente, questões relacionadas à organização e funcionamento interno dos serviços públicos.

Por fim, extrai-se do sistema francês que as leis anteriormente editadas no campo reservado ao regulamento perdem *status* legal, podendo ser modificadas ou abrogadas por meio de regulamento.³⁸ Esse fenômeno consiste na chamada “deslegalização” de matérias, conforme aponta AMARAL JÚNIOR (2009, p. 538-539).

Curiosamente, em sentido contrário, o ordenamento italiano³⁹ criou expressamente uma reserva de lei para tratar de assuntos pertinentes à organização administrativa. Tal fato, conforme relata MONCADA (2002, p. 600-606), além de aprioristicamente colocar o Poder Executivo italiano em posição relativamente enfraquecida (se comparado a outros países do velho continente), impôs em um primeiro momento restrições ao reconhecimento dogmático da figura da reserva de administração – noção essa fortalecida com base no artigo 77 da Constituição do país.⁴⁰

³⁸ Alteração essa que requer consulta ao Conselho de Estado. Além disso, necessário que o Conselho Constitucional declare que essas leis anteriores à Constituição tenham adquirido caráter regulamentar.

³⁹ Conforme dispõe o artigo 97 da vigente Constituição Italiana:

“Art. 97.

(Testo applicabile fino all’esercizio finanziario relativo all’anno 2013)

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

(Testo applicabile a decorrere dall’esercizio finanziario relativo all’anno 2014)

Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.” (grifos nossos)

⁴⁰ “Art. 77.

Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.” (grifos nossos)

Contudo, conforme relata o publicista português, tal fato não impediu – inclusive no âmbito jurisprudencial e doutrinário – o reconhecimento de uma reserva em sentido puramente funcional, partindo-se de uma noção de que o poder normativo do parlamento não é ilimitado. O compartilhamento da responsabilidade do poder de direção (*indirizzo*) com o Parlamento, bem como a posição constitucional do Poder Executivo italiano, fez reconhecer ao Legislativo somente o exercício de um poder de direção em matéria organizatória de caráter inicial, porém um poder de conteúdo mínimo, não totalizante, limitado aos princípios e critérios fundamentais, dos quais o poder regulamentar – bastante amplo nesse âmbito – deve se subordinar.

Essa “reserva em sentido puramente funcional” reconhecida no direito italiano nada mais é do que um dos importantes aspectos da aqui denominada reserva de administração em sentido estrito (oposta em face da função legislativa).

O Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu na década de 70 a chamada *teoria da essencialidade*.⁴¹ De maneira bastante sucinta, extrai-se dela que a lei deveria disciplinar apenas um núcleo de matérias restrito àquilo que fosse essencial – especialmente a liberdade, a vida, os direitos fundamentais, etc. – ficando as demais matérias a cargo de outras fontes. A essencialidade não teria um conteúdo imutável, podendo essa sofrer alterações ao longo do tempo. O que é certo, entretanto, é a conclusão de que, quanto maior a importância da carga axiológica da matéria regulada, maior deveria ser a intensidade da reserva da lei.

MONCADA (2002, p. 375-381) relata que o ordenamento constitucional alemão nem autoriza – explícita ou implicitamente – nem encerra a possibilidade de existência de uma “reserva material de administração”.⁴² A partir disso, a doutrina daquele país se dividiu, basicamente, em três posições a respeito da reserva de administração.

A primeira não admitia tal instituto sob o argumento de que não há previsão na Constituição alemã, de maneira que não se extrai nenhuma decisão fundamental favorável a uma reserva de administração. Além disso, argumentam que o princípio democrático e princípio do Estado de Direito vedariam a existência de tal campo. Tal corrente compreende a teoria da essencialidade não como a criação de um núcleo de competência própria do Executivo a título reservado ou originário, mas sim como um impedimento de que a lei vá além do que aquilo que lhe compita por natureza (seja em qualquer campo material).

A segunda entendia ser possível a reserva de administração no direito alemão com base em um entendimento institucional e funcional do Poder Executivo. Considera-se a reserva de administração como uma figura geral de conteúdo dogmático e com proteção constitucional expressa. Trata-se do caráter constitutivo da atribuição constitucional das competências – objetivamente definidas na Constituição, e não atribuída à subjetividade do interprete – do Poder Executivo que trazia correspondentemente consigo uma proibição de usurpação de poderes (na exata medida das competências previstas). Tal reserva de administração, segundo essa

⁴¹ Sobre o desenvolvimento de tal teoria, vide: MONCADA (2002, p. 171-185).

⁴² Infere-se do contexto da obra que o conceito de reserva material de administração aproxima-se do que aqui se denominou de “reserva de regulamento”.

corrente, manifestar-se-ia de formas particulares, como uma reserva de administração autárquica local, reserva de regulamentos executivos e complementares, reserva de organização interna da administração e reserva de normas autárquicas institucionais.

Por fim, uma terceira visão admitia apenas reservas especiais de administração, em oposição a uma figura geral proposta pela segunda corrente. Tais reservas não seriam necessariamente absolutas. Ao contrário, seriam predominantemente relativas e sujeitas à preferência da lei, no campo em que a lei quiser intervir. Ou seja, haveria reservas especiais de administração decorrentes da própria vontade do legislador.

Percebe-se, portanto, que a doutrina alemã, a exemplo do que ocorre também no direito italiano, desenvolve o instituto da reserva de administração em um significado não coincidente com o da “reserva de regulamento”. Assim, o instituto não pode ser compreendido como uma mera oposição à “reserva de lei” como ocorre de maneira mais clara no direito francês.

O direito português, por sua vez, estabeleceu um campo residual consagrado no artigo 198 (mais precisamente em seu item 1, alínea “a”), da Constituição do país, que estabelece a competência legislativa do Governo.⁴³ Trata-se, inclusive, da mesma técnica utilizada pelos franceses, de estabelecer primeiramente o campo da lei (no caso português, tanto um campo de matérias indelegáveis como de matérias delegáveis),⁴⁴ com atribuição residual de um campo legislativo destinado ao Governo.

⁴³ Segundo o mencionado dispositivo:

“1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas:

a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República;

b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta;

c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam.

2. É da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento.

3. Os decretos-leis previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 devem invocar expressamente a lei de autorização legislativa ou a lei de bases ao abrigo da qual são aprovados.” (grifos nossos)

⁴⁴ “Artigo 164.º

Reserva absoluta de competência legislativa

É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias:

(...)

Artigo 165.º

Reserva relativa de competência legislativa

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:

(...)

2. As leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada.

3. As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada.

4. As autorizações caducam com a demissão do Governo a que tiverem sido concedidas, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República.

5. As autorizações concedidas ao Governo na lei do Orçamento observam o disposto no presente artigo e, quando incidam sobre matéria fiscal, só caducam no termo do ano económico a que respeitam.”

Todavia, essa possibilidade de edição de decretos-leis nos campos não reservados ao Parlamento não configura um campo de reserva de regulamento propriamente dito, haja vista que não há vedação para a atuação da lei nesse campo. Embora os decretos-leis editados tenham natureza de ato legislativo, conforme o artigo 112, item 1,⁴⁵ a Assembleia da República possui, conforme o artigo 161, alínea “c”,⁴⁶ competência legislativa geral salvo as matérias reservadas pela Constituição ao Governo. Assim, aparentemente esse é um campo para edição de regulamentos independentes.⁴⁷

Determinou expressamente a Constituição portuguesa, contudo, no item 2 do mencionado artigo 198, a competência legislativa exclusiva do Governo a respeito de matérias relativas à sua própria organização e funcionamento.⁴⁸ Esse campo sim configura uma reserva de regulamento – considerando o sentido aqui adotado.

Percebe-se, portanto, da análise do instituto no âmbito dos ordenamentos de alguns países europeus, que a reserva de administração é discutida tanto em seu aspecto de reserva de regulamento como em seu sentido estrito. Portanto, no estudo desse instituto no Brasil, importante ter em vista esses dois aspectos conceituais.

5 Reserva de administração e reserva de regulamento no Brasil

Com base nessas premissas conceituais e na abordagem do instituto no direito de alguns países europeus, analisa-se o instituto da reserva de administração no Brasil.

⁴⁵ “São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais”.

⁴⁶ “Artigo 161.º

Competência política e legislativa
Compete à Assembleia da República:
(...)

c) Fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo;”

⁴⁷ Deve-se ter cuidado em utilizar a expressão “regulamento independente” no contexto do direito português, uma vez que tal expressão apresenta um significado mais específico do que o ora estabelecido. A Constituição portuguesa prevê expressamente o regulamento independente no artigo 112, item 6 (“Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes”). Regulamentos independentes seriam aqueles editados no âmbito da competência administrativa do Governo, sem se referir a alguma lei específica, visando dinamizar a ordem jurídica em geral. Todavia, embora o alcance do regulamento independente seja tema muito polêmico, é bastante aceita a ideia de que esse regulamento deve se conformar e se submeter hierarquicamente com o conjunto de atos legislativos – nesse sentido, VAZ (1996, p. 483-484) e MONCADA (2002, p. 987-1027). Alias, esse último autor ressalta que a competência legislativa geral do Governo (de edição de decretos-leis em espaços não reservados ao Parlamento), que é cercada de garantias (notadamente a fiscalização preventiva de constitucionalidade, a apreciação parlamentar e aprovação pelo Conselho de Ministros), faz com que a utilização do regulamento independente simplesmente como mecanismo de preenchimento de lacunas de lei seja incompatível com o contexto constitucional. Assim, o regulamento independente, embora não tenha uma estrita vinculação com a legalidade, segue a regra de necessidade de fundamentação legal do poder regulamentar. Deste modo, as próprias expressões “reserva de regulamento” e “regulamento autônomo” mostram-se terminologicamente inadequadas ao contexto português – ao menos nos significados adotados neste ensaio – uma vez que o Governo detém uma competência legislativa – por meio dos decretos-leis – distinta da competência regulamentar.

⁴⁸ Competência legislativa do Governo essa relativizada somente no tocante aos serviços de apoio do Presidente da República (que englobam tanto a Casa Civil como a Casa Militar), conforme o artigo 164, “v”, da Constituição Portuguesa.

Quanto à reserva de administração em sentido estrito, aparentemente é inquestionável o reconhecimento de sua existência – nos moldes em que foi definida neste estudo – vez que decorre da separação de poderes. Alias, é inclusive um pressuposto de um Estado de Direito da maneira como esse é concebido atualmente. Evidentemente que o simples reconhecimento de sua existência não exige os imensos desafios de se reconhecer, sobretudo em situações concretas, a dimensão do seu campo de proteção.

Como os problemas ligados à reserva de administração em sentido estrito já foram desenvolvidas no item 3 do presente, passa-se a analisar a reserva de administração sob o enfoque da reserva de regulamento e sua (eventual) existência no Brasil.

5.1 Histórico do instituto

As polêmicas a respeito da existência da reserva de regulamento, consubstanciados nos regulamentos autônomos e independentes, no Brasil, não são novidade trazidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, tampouco pela Constituição de 1988. Desde que o instituto se consolidou na França na década de 50, doutrinadores do Direito Público brasileiro discutem a pertinência do tema em face do nosso Direito.

5.1.1 O posicionamento da doutrina antes da constituição de 1988

Os diversos doutrinadores que combatiam a existência da reserva de regulamento afirmavam que não havia no Brasil norma semelhante ao artigo 37 do direito francês.⁴⁹ BINENBOJM (2008, p. 159) relata que Geraldo Ataliba afirmou ser “até ridículo que um brasileiro, tratando da faculdade regulamentar, à luz do nosso direito, abra um tópico sob tal designação (regulamento autônomo)”, e continua parafrazeando o discurso “[t]ão ridículo como seria criar um capítulo sobre as inspirações de Alah na ação dos seus delegados governantes”.

Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 01/1969, parte da doutrina, com fundamento no artigo 81, inciso V, da mencionada Constituição – de redação semelhante à redação atual do artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da atual – admitiam a reserva de regulamento. Esse posicionamento pode ser buscado em publicações anteriores à Constituição de 1988 de alguns doutrinadores como SILVA (1987, p. 572).

Ocorre que, a despeito de parte da doutrina defender os regulamentos autônomos, muitos deles tratavam os regulamentos como sinônimos dos independentes. O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o mencionado dispositivo na Representação nº 1508-4,⁵⁰ admitiu a possibilidade de regulamento autônomo na ocasião, desde que esse não invadisse espaço destinado à reserva de lei e não afete direitos individuais.

Ocorre que no julgamento da mencionada Reclamação,⁵¹ o Supremo Tribunal não partiu da distinção aqui proposta entre regulamento autônomo e independente. Não

⁴⁹ Vide, por exemplo, BANDEIRA DE MELLO (1969, p. 313).

⁵⁰ Representação nº 1.508-4/MT, Rel. Min. Oscar Correa, Julgamento: 29/09/1988.

⁵¹ Alias, o parecer do Procurador-Geral da República à época, mencionado na íntegra no inteiro teor do julgamento, conta com uma vasta gama de citações doutrinárias acerca do tema (relativos, evidentemente, ao período anterior à Constituição de 1988).

apreciou-se a questão da possibilidade da lei adentrar no campo do regulamento contido artigo 81, inciso V, da EC 01/1969, tampouco a aplicabilidade do princípio da primazia da lei nesse campo. Assim, aparentemente foi aceito a existência dos regulamentos independentes, mas não a questão do regulamento autônomo.

5.1.2 A Constituição de 1988

O texto original da Constituição Federal 1988 não possuía nenhuma disposição que privilegiasse uma posição favorável à existência de uma reserva de regulamento. Deste modo, praticamente todos os adeptos da reserva de regulamento tiveram que recuar em suas posições, reconhecendo a inexistência do instituto no direito pátrio.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, continuou a sustentar a existência de regulamentos autônomos no Brasil. Entretanto, ao se referir ao regulamento autônomo, o autor aproximava-se mais ao conceito aqui utilizado para regulamento independente.

Segundo o administrativista, o poder de regulamentar a lei e suprir as omissões legislativas – oriundas tanto da impossibilidade de se prever todas as situações e fatos, como das omissões propriamente ditas – estão implícitos no próprio ofício de se chefiar a Administração Pública, haja vista o reclamo por providências imediatas, desde que não se invada os domínios das chamadas “reservas de lei”, existentes, sobretudo, nos campos que afetem direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição (MEIRELLES, 1991, p. 107). Assim, haveria a aplicação do princípio da primazia da lei. Portanto, considerando o conceito de reserva de regulamento ora adotado, a própria doutrina, de modo praticamente uníssono, não o admitia.

Interessante observar que DI PIETRO (1999, p. 142), em obra anterior à edição da Emenda Constitucional 32/01, a despeito de não reconhecer (até então) a existência do regulamento autônomo no Direito brasileiro, criticava esse aspecto da Constituição, pois entendia ser necessária, no âmbito da organização interna da Administração, alguma previsão nesse sentido. Conforme a autora “nem mesmo os regulamentos autônomos em matéria de organização administrativa existem no direito brasileiro, o que é lamentável porque esse poder é atribuído aos demais Poderes”.

Contudo, com a posterior edição da Emenda Constitucional nº 32 de 2001, reascendeu-se as discussões a respeito da existência de uma reserva de administração.

5.1.3 Emenda Constitucional 32/2001

Dentre as modificações trazidas pela emenda em comento, destaca-se a alteração das redações do artigo 48, XI, e do artigo 84, inciso VI, da Constituição.⁵² Conforme a nova redação desses dispositivos, a competência para dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa

⁵² Art. 84. Compete *privativamente* ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001). (grifos nossos)

nem criação ou extinção de órgãos públicos, passou a ser privativa do Presidente da República, que a exerce mediante decreto. Foi retirada, assim, a necessidade do Poder Legislativo tratar de matérias relacionadas à estruturação e atribuições dos Ministérios, assim como dos demais órgãos da Administração Pública.⁵³

Cumprir observar, desde já, que a nova redação do artigo 84, inciso VI, alínea “b” não interfere – ou não deveria interferir – nas discussões a respeito da existência de uma reserva de regulamento, uma vez que se refere a atos administrativos concretos – ainda que veiculados por meio de decretos. O que se pode discutir, no máximo, são questões ligadas às reservas de administração em sentido estrito.

Desta maneira, discute-se na doutrina se a mencionada alínea “a”, do inciso VI, do artigo 84, da Constituição brasileira de 1988 trouxe à baila a figura da reserva de regulamento, naquele campo restrito.

5.2 Posições doutrinárias a respeito da reserva de regulamento no Brasil

Conforme as informações bibliográficas levantadas, atualmente identifica-se no Brasil ao menos duas correntes acerca da admissibilidade dos regulamentos autônomos.

A primeira delas, negando sumariamente a existência no Brasil dos regulamentos autônomos, funda-se em uma compreensão rígida do princípio da legalidade. Adepto dessa corrente, BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 103-104 e p. 342-343), com bastante repulsa ao instituto, afirma que a nova redação dada ao artigo 84, inciso VI, alínea “a”, configura-se como um mero arranjo intestino de órgão, já criados por lei. Por conta disso, aponta o autor que essa atribuição conferida ao Chefe do Poder Executivo não configura um regulamento autônomo conforme os moldes europeus.

Nesse mesmo sentido, CARVALHO FILHO (2013, p. 63-65), entende que o dispositivo não se configura como exceção ao princípio da legalidade. Isso porque, ao contrário das medidas provisórias, tais atos têm natureza regulamentar e não de normatividade primária, estando esses submetidos à lei.

A segunda corrente entende que a referida emenda criou um campo, ainda que pequeno, consistente em uma reserva de regulamento, uma vez que a lei que violar tal dispositivo estará eivada de inconstitucionalidade formal.

⁵³ Para ilustrar tal alteração, interessante transcrever a redação, anterior à EC 32/2001 e atual, do inciso XI, do artigo 48 da Constituição:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”

“XI - criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”

DI PIETRO (2008, p. 709) afirma que “com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para hipótese específica inserida na alínea *a*”. Há vasta doutrina nessa linha.⁵⁴

Nesse sentido, MARRARA (2010, p. 245-246) destaca que o constituinte derivado, ao aprovar a Emenda Constitucional nº 32/2001, afastou a possibilidade de que o legislador adentrasse no campo delimitado pelo artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, de maneira que, naquele campo reservado, sequer haveria a possibilidade de disciplina da matéria por meio de outra fonte normativa – inclusive por meio de lei em sentido formal – que não fosse o regulamento autônomo. O administrativista, sustentando a impossibilidade de que a matéria prevista no referido dispositivo fosse objeto de lei (ou, sendo prevista em lei, que essa pudesse ser alterada pela Presidência), traz ainda um exemplo pragmático hipotético para reforçar tal posicionamento: é o caso de um Presidente da República que, ao tratar das matérias contidas no dispositivo em comento, submeta tal reforma ao Poder Legislativo para que (caso seja aprovada) futuras alterações à lei promulgada não possam ser realizadas sem o aval do Parlamento – dificultando, assim, o poder de reforma nesse campo reservado. Para evitar, portanto, esse problema político-partidário, melhor seria compreender tal campo como reservado ao Chefe do Poder Executivo.

Por fim, BINENBOJM (2008, p. 168) destaca uma terceira corrente no sentido de que o essa norma trouxe a figura do regulamento autônomo sujeito, entretanto, ao princípio da preferência da lei. Afirma o autor que, no caso de superveniência desta, a lei deverá prevalecer em caso de conflito normativo. Evidentemente que referida figura, na terminologia do presente ensaio, consiste no chamado regulamento (de execução) independente. Assim, pode-se situar o publicista dentre aqueles que não admitem uma reserva de regulamento no Brasil, e não propriamente uma terceira corrente – considerando apenas o debate relacionado ao regulamento autônomo.

5.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à reserva de administração

Ao se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵⁵ sobre o tema até a presente data, é possível concluir que a Corte não enfrentou de maneira concludente ou definitiva se a Emenda Constitucional nº 32/2001, ao conferir nova redação ao

⁵⁴ Outros exemplos são: AMARAL JUNIOR (2009, p. 529-540); CYRINO (2004, p. 130-144); TEIXEIRA (2012) dentre outros. Aparentemente, essa segunda corrente mostra-se suavemente majoritária.

⁵⁵ Haja vista o fato de reserva de administração ser um tema de caráter essencialmente constitucional (e não legal), limitou-se aqui a pesquisa jurisprudencial aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Metodologicamente, optou-se por pesquisar as decisões da Suprema Corte com base nas expressões: “reserva de administração”, “reserva de regulamento”, “regulamento independente”, “decreto independente”, “regulamento autônomo” e “decreto autônomo”, bem como expressões assemelhadas, no endereço eletrônico de consulta de jurisprudência da Corte Suprema: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Constatou-se: a) a utilização da expressão “reserva de administração” dissociado das questões relativas ao regulamento autônomo – mais próximo do que aqui se denominou de “reserva de administração *stricto sensu*”; b) pouca utilização das demais expressões, exceto “decreto autônomo”; e c) utilização da expressão “decreto autônomo” sem, entretanto, a preocupação em distinguir – de acordo com a terminologia aqui adotada – com clareza as situações referentes aos regulamentos autônomos ou regulamentos independentes.

artigo 84, inciso VI, da Constituição, criou, na alínea “a” de tal dispositivo, uma hipótese de reserva de regulamento.

No que tange à reserva de administração em sentido estrito, a Suprema Corte reconheceu sua existência como um princípio constitucional, de modo a impedir a ingerência normativa do Poder Legislativo em determinadas matérias de competência administrativa exclusiva do Poder Executivo. Nessas, o Parlamento não se qualificaria como instância de revisão das decisões do Poder Executivo.

Essa construção foi ventilada no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 776-9/RS, relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em 23/10/1992, bem como na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.364/AL, relatoria também do Ministro Celso de Mello, julgada em 01/08/2001. Nesses, a corte reconheceu a inconstitucionalidade, por vício formal, de lei que não observou a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para sua edição.⁵⁶

O STF já reconheceu, também, que viola o princípio da separação de poderes dispositivo de Constituição estadual que condiciona a celebração de convênios à autorização ou ratificação da Assembleia Legislativa do Estado. Foi o teor do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 342-9/PR, relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgada em 06/02/2003, em que a corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 54, inciso XXI, da Constituição do Paraná. Apesar de não haver menção direta à expressão “reserva de administração”, trata-se claramente de tutela do núcleo da função administrativa, exercida pelo Poder Executivo, uma vez que foi afastada norma de Constituição estadual com fundamento somente no princípio da separação dos poderes, e não em norma proibitiva específica.

Em interessante decisão, o Pretório Excelso, ao julgar em 01/02/2005 o Recurso Extraordinário 302.803-1/RJ, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, reconheceu a inconstitucionalidade, por violação do princípio da separação de poderes e do princípio da reserva de administração, de lei municipal do Rio de Janeiro. Tal lei determinava que as “ruas de vilas” fossem reconhecidas como logradouros públicos (passando tais áreas, anteriormente de domínio privado, para o domínio público) e impunha ao Poder Público o dever de prestar serviços públicos nessas localidades – incrementado assim a despesa administrativa sem indicar contrapartida orçamentária. Entendeu a corte que o Poder Legislativo, ao determinar drásticas alterações na política urbanística local, usurpou função administrativa atribuída ao Poder Executivo local. Além disso, argumentou-se (assim como nos julgados já mencionados) vício de iniciativa da lei.

Recentemente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.343/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada em 01/09/2011, decidiu-se pela inconstitucionalidade de lei distrital que proibia cobrança de tarifa de assinatura básica pelas concessionárias prestadoras dos serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia do Distrito Federal. Em parte, a ação foi julgada procedente devido à inconstitucionalidade formal da lei distrital por tratar de serviços – inclusive sobre a política tarifária – de titularidade da União. No que tange aos serviços de competência

⁵⁶ Lembrando que, embora se trate de processo legislativo, são matérias de notório interesse administrativo ou do Poder Executivo. Assim, passível de proteção pela reserva de administração.

estadual, além do fato da lei tratar de matérias relativas a direito do consumidor – cuja competência legislativa também pertence à União – reconheceu-se violação ao princípio da reserva de administração devido à usurpação, pelo Poder Legislativo, da competência para iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo (repetindo o entendimento já mencionado nos julgados acima). Decidiram os ministros que o estabelecimento da tarifa nesses casos é matéria de interesse do Chefe do Poder Executivo, na qualidade de condutor da Administração Pública, uma vez que se trata da formulação da política pública remuneratória dos serviços públicos – interesse eminentemente administrativo. Assim, a usurpação da iniciativa legislativa nesses casos violaria o princípio da reserva de administração.

Por fim, com base nesse princípio, a Suprema Corte já decidiu ser inconstitucional lei municipal que faculta tanto ao Prefeito como a Vereadores o ato de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, vez que esse se insere no campo de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo. Há, portanto, limitação material à atuação do legislador (Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 427.574/MG, relatoria do Ministro Celso de Mello, 2º Turma, julgado em 13/12/2011).

Em relação aos regulamentos independentes, o Supremo Tribunal Federal, embora usualmente utilize a expressão “decreto autônomo”, possui julgados a partir dos quais se pode concluir pela sua admissibilidade. Inclusive, o Pretório Excelso admite a realização de controle de constitucionalidade nesses casos. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 708/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 22/05/1992, decidiu-se pela possibilidade do exercício do controle via ação direta de inconstitucionalidade, de maneira excepcional, oferecida em face de decreto que, no todo ou em parte, “manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal”.

Ao que tudo indica, a corte se referia ao “regulamento independente” e não à figura do “regulamento autônomo”. Isso porque se referia a decreto que “extrapolava o poder regulamentar”.⁵⁷ Além disso, não faz sentido, devido à data do decreto objeto da ação, falar-se em reserva de regulamento.⁵⁸

Recentemente, a suprema corte decidiu novamente pela possibilidade de realização do controle de constitucionalidade de “decreto autônomo”. Trata-se do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 3.664/RJ e nº 4.152/SP, ambas de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgadas em 01/06/2011. Nesses casos, tratava-se

⁵⁷ Não faria sentido falar em um regulamento autônomo que extrapolarem o poder regulamentar da administração, mas sim em um regulamento autônomo que teria extrapolado um espaço de reserva regulamentar.

⁵⁸ Como o decreto, cuja constitucionalidade fora impugnada, foi editado em 1991, não faria sentido se falar em uma “reserva de regulamento”. Conforme já foi abordado, era praticamente pacífica a inexistência de uma reserva de regulamento no ordenamento brasileiro no período entre a vigência da Constituição de 1988 e vigência da Emenda Constitucional nº 32 de 2001. Logo, quando o se falou em controle de constitucionalidade com base no “princípio da reserva de lei”, evidentemente não se tratava de um suposto conflito de competência entre o campo da “reserva de lei” e da “reserva de regulamento”. Tratava-se, em verdade, da análise da eventual invasão, por parte de um regulamento de execução independente, em um campo reservado à lei – o que, conforme abordado, é vedado.

de decretos que instituíram benefícios fiscais de ICMS sem respaldo em resolução do CONFAZ. Evidentemente, ao se utilizar a expressão “decreto autônomo” (emitidos por Governadores de Estado), referiu-se apenas ao fato do decreto ter o caráter de norma primária em face da Constituição, mas não a qualquer tipo de reserva de regulamento.

Alias, o STF já reconheceu a constitucionalidade de dois atos normativos, editados com fundamento direto na Constituição, que sequer constituem regulamentos em seu sentido técnico. No julgamento, em 29/11/1996, do Recurso Extraordinário de nº 202.545-3/CE, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, a corte reconheceu a constitucionalidade da portaria nº 08/1991 do Departamento de Operações de Comércio Exterior – DECEX,⁵⁹ que proibia a importação de bens de consumo usados, editada com base na competência prevista no artigo 237 da Constituição.⁶⁰ Inclusive, já se reconheceu a constitucionalidade de resolução do Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante do Poder Judiciário, com base no artigo 103-B, §4º, da Constituição.⁶¹ Na oportunidade, ao julgar em 20/08/2008 a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 12/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, decidiu-se pela constitucionalidade da Resolução de nº 07/2005 do CNJ – embora se tenha dado interpretação conforme a Constituição em relação a alguns dispositivos – que disciplina “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”.

Enfim, quanto à polêmica acerca da existência de uma reserva de regulamento no ordenamento constitucional brasileiro, bem como da existência da figura do regulamento autônomo em sentido técnico, não é possível extrair alguma posição concludente ou definitiva da corte. Todavia, é possível analisar algumas tendências a partir de determinados julgados. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.254-2/ES, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgada em 16/11/2005, ficou consignado no voto da relatora – que serviu de base para a formulação da ementa – ser “indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo

⁵⁹ A constitucionalidade de tal portaria já havia sido reconhecida no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 203.954-3/CE, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgada em 20/11/1996, oportunidade na qual se reputou legítima a proibição, contida na portaria, de importação de automóveis usados.

⁶⁰ “Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”. Embora o DECEX seja vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, o Ministério da Fazenda detinha, à época, competência para fiscalizar o comércio exterior.

⁶¹ “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): (...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...).”

(mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto)” para a elaboração de normas que “de alguma forma remodelem as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação”. Percebe-se, assim, uma ligeira tendência, ao menos com base nesse acórdão, em se admitir lei no campo do artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição. Nota-se que ficou consignada a possibilidade alternativa de edição do decreto ou da iniciativa de lei do Presidente, o que seria incompatível com a existência de um campo reservado.

Conclusão assemelhada pode-se extrair do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.857-0/ES, de relatoria da Ministra Joaquim Barbosa, julgada em 30/08/2007. Conforme a ementa do julgado “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”. Novamente a edição do decreto é tratada como possibilidade.

Essa tendência do STF, no julgamento dessas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em não reconhecer a existência de uma reserva de regulamento no artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição é bem percebida por BINENBOJM (2008, p. 168-169). O administrativista argumenta ainda que o Pretório Excelso igualmente tendeu a não reconhecer a existência de reserva de regulamento ao comentar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.806-5/RS, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgada em 23/04/2003. Argumenta que, a despeito de ser reconhecido o “poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas”, foi pronunciado no julgamento o vício de iniciativa da lei (que competiria ao Governador). Assim, haveria espaço para edição de lei a respeito da matéria, o que seria incompatível a ideia de uma reserva de poder regulamentar.

Com a devida vênia ao autor, entende-se aqui que nesse aresto específico a Corte Suprema pendeu pelo reconhecimento de uma reserva de regulamento. Isso porque o argumento relativo ao vício de iniciativa do projeto de lei se refere aos dispositivos da lei impugnada que disciplinaram matérias relativas aos servidores civis do Estado. Nesse ponto específico, por força do artigo 61, §1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição,⁶² a corte reconheceu o vício de iniciativa. Quanto ao dispositivo da lei impugnada que tratava de matérias relativas às escolas públicas de primeiro e segundo grau – matéria de organização e funcionamento da Administração Pública, portanto –

⁶² “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

(...)”

argumentou-se no julgamento que esse se mostrava ofensivos ao artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal – aplicável simetricamente aos Estados – “visto cuidar de órgãos da Administração, cuja organização e funcionamento hão de ser disciplinados, privativamente, por Decreto do Chefe do Poder Executivo”. Assim, ao não estender o argumento de vício de iniciativa para esse aspecto, pendeu a corte, aparentemente, pelo reconhecimento de uma reserva de regulamento.

De qualquer modo, certo é que o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou frontalmente o tema. Todavia, um caso ainda pendente de julgamento⁶³ pode decidir se a Emenda Constitucional de nº 32/2001 trouxe ao Direito brasileiro a figura da reserva de regulamento ou se o princípio da primazia da lei ainda impera em relação à matéria contida no artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.601/DF, originalmente relatada pelo Ministro Carlos Velloso, atualmente relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. A ação foi movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o Decreto nº 3.995/01 que “altera e acresce dispositivos à Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, nas matérias reservadas a decreto”, e contra a Medida Provisória nº 08/2001, posteriormente convertida na Lei nº 10.411/02.⁶⁴ Referido decreto, autointitulado autônomo, revoga dispositivos previstos em lei em sentido formal (a chamada “lei da CVM”).

Evidentemente, a parte dessa ação que interessa ao presente tema refere-se justamente em saber se, no campo da matéria contida no artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, é possível a revogação de lei anterior à Emenda Constitucional de nº 32/2001 por decreto. Nota-se que a petição inicial não seguiu uma linha argumentativa expressa no sentido de que o dispositivo constitucional em comento não se apresenta como uma reserva de regulamento. Argumentou-se, entretanto, pela impossibilidade de revogação de dispositivo de lei por decreto, bem como pela impossibilidade de decreto, mesmo que fundados em matérias de organização administrativa, criar obrigações para particulares ou mesmo impor dever de agir à Administração. O Procurador-Geral da República se manifestou pela total improcedência do pedido, admitindo a possibilidade do decreto revogar matéria disciplinada em lei no campo relativo à organização da Administração Pública – quando não implicar em aumento de despesa. Assim, há fundada expectativa de que o Supremo Tribunal Federal se posicione a respeito do tema.

5.4 Proposta de interpretação da reserva de administração em face do Direito brasileiro e do artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição

Primeiramente em relação à reserva de administração em sentido estrito, conforme já abordado, não restam dúvidas que tal modalidade encontra-se consagrada no ordenamento jurídico pátrio. Tem ela fundamento no princípio da separação de poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição, sendo um atributo natural do Poder

⁶³ Até a data de finalização deste artigo, o processo se encontrava concluso ao relator, segundo o sitio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1994794>>.

⁶⁴ Curiosamente, a Lei 6.385/76 foi alterada por três atos normativos na data de 31 de outubro de 2001: pelo Decreto e pela Medida Provisória mencionados, e pela Lei 10.303/01.

Executivo de qualquer Estado de Direito. Da mesma forma que ao Executivo são impostos limites ao exercício do poder, deve-se conferir a tal Poder a proteção de seus núcleos essenciais em relação a invasões parlamentares e judiciais ilegítimas.

A delimitação de competência entre os poderes traçadas pela Constituição, bem como o núcleo essencial da função administrativa, são norteadores do campo da reserva de administração *stricto sensu*. Embora o Judiciário brasileiro esteja acostumado a aplicar tal instituto (ainda que sem o rótulo “reserva de administração”) em questões relativas aos limites do controle judicial dos atos, processos e decisões administrativas, bem como no reconhecimento de inconstitucionalidade formal de lei por não respeitar competência privativa do Chefe do Poder Executivo para dar início ao processo legislativo, ainda se vê pouca familiaridade⁶⁵ com o manejo do instituto nos casos de excesso de normatização legislativa em campos tipicamente administrativos.

No que tange aos regulamentos de execução independentes, pelos motivos já apresentados ao longo do presente estudo, tem-se que estes não são apenas admitidos pelo ordenamento brasileiro, mas também desejados em relação a diversas matérias. Alias, não são apenas os regulamentos de execução independentes que são admitidos, mas também os diversos outros atos administrativos independentes, normativos ou não, necessários ao bom desempenho da função administrativa. Para tal, exige-se o respeito aos requisitos já mencionados: inexistência de reserva de lei, expressa ou implícita; atuação voltada à concretização dos objetivos do Estado; e respeito aos princípios de direito administrativo.

Quanto à existência de uma reserva de regulamento, primeiramente é necessário analisar o panorama geral da Constituição. O artigo 48, *caput*,⁶⁶ que até hoje mantém sua redação original, determina a competência do Congresso Nacional para dispor sobre todas as matérias de competência da União. Em seus incisos, consagra um rol meramente exemplificativo de matérias dos quais o Poder Legislativo pode dispor. Trata-se, pelo princípio da simetria, de norma de repetição obrigatória para os demais entes (ao menos em relação à ideia de submissão, em princípio, do trato de qualquer matéria de competência do ente ao Poder Legislativo local).

Evidentemente, o fato de o Legislativo ter a autorização constitucional para, aprioristicamente, tratar de qualquer matéria, não significa que esse poder não esteja sujeito a limitações. A reserva de administração em sentido estrito, por exemplo, é um fortíssimo limite a tal atuação. Isso, todavia, não implica em uma diminuição do papel da lei formal na hierarquia normativa, ou mesmo a exclusão da lei da “pirâmide” normativa que compõe o ordenamento, em determinados campos. Implica apenas que a própria lei deve respeitar a Constituição que impõe limites à sua atuação.

De fato, a Emenda Constitucional nº 32/2001 trouxe alterações significativas para a edição de normas sobre organização interna da Administração Pública, conferindo mais poderes normativos ao Poder Executivo. Entretanto, a referida emenda não alterou o conteúdo do artigo 48, *caput*, da Constituição. Não excluiu do Poder

⁶⁵ Possivelmente, por ser pouco provocado a esse respeito.

⁶⁶ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:”.

Legislativo a competência para dispor sobre qualquer matéria. Caso a emenda intentasse criar um campo de “reserva de regulamento” no sistema constitucional brasileiro – que, desde a edição da Constituição de 1988, foi estruturado sistemicamente na lógica da superioridade hierárquica da lei formal sobre as demais normas administrativas – no qual seria vedado qualquer tipo de intromissão legal sob pena de inconstitucionalidade formal, deveria fazer de maneira expressa e clara.

Pode-se argumentar que a conjugação dos termos “privativamente” e “dispor” contidos, respectivamente, no *caput* e no inciso VI do artigo 84 da Constituição estariam delimitando um campo de reserva de regulamento. Assim, ao estabelecer que “compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre (...)” estar-se-ia criando tal espaço reservado. Esse argumento não deve prevalecer por três motivos. Primeiramente, a possibilidade de dispor por meio de decreto – ato normativo simples e unilateral – sobre tais matérias, de fato, é privativo do Presidente da República. Nenhum outro poder, entidade ou órgão pode dispor sobre tal matéria por meio de algum ato normativo congênere. Todavia, isso não impede, aprioristicamente, o tratamento da matéria por outros meios. Assim, o Poder Legislativo, a princípio, pode adentrar em tal assunto com base no *caput* do artigo 48 da Constituição, devendo para tal respeitar as normas do processo legislativo.

Em segundo lugar, dentre os países europeus abordados, aqueles que admitem um espaço de reserva de regulamento – França e Portugal – o fizeram de maneira expressa. A França se utilizou de uma técnica residual em relação à reserva de lei, impondo o caráter regulamentar das matérias fora desse campo. A Constituição portuguesa, por sua vez, foi expressa em indicar a “exclusiva competência legislativa” – o que é completamente diferente que as expressões “privativamente” e “dispor” da Constituição brasileira – do Governo para dispor sobre sua organização e funcionamento. No Brasil, ao contrário, além de não haver um campo residual para o regulamento autônomo e não haver indicação expressa clara de norma especial instituidora de tal reserva, há regra geral possibilitando o Poder Legislativo tratar de toda a matéria, sem indicação de nenhuma exceção – exceção essa que foi expressamente determinada no artigo 161, alínea “c”, da Constituição portuguesa.

Enfim, é de se notar que a Constituição igualmente se utilizou do termo “privativamente” no artigo 96, inciso I, alínea “a”,⁶⁷ para determinar a competência dos tribunais para elaborar seus regimentos internos. Nota-se a adoção da mesma técnica na redação: atribuição pela Constituição a determinado órgão/poder de uma competência privativa para edição de atos normativos em determinado campo. Todavia, não se cogita em nenhum tipo de reserva imune à lei para edição desses atos normativos primários – até porque a própria Constituição determina o respeito às normas de processo por parte dos regimentos. Portanto, a redação do artigo 84, inciso VI, da Constituição, não tem força suficiente para relativizar a norma do artigo 48,

⁶⁷ “Art. 96. Compete *privativamente*:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e *elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;* (...). (grifos nossos)

caput, da Constituição, bem como a sistemática constitucional de superioridade hierárquica das leis em sentido formal em relação a qualquer tipo de regulamento.

Além desses argumentos, interessante observar o seguinte exemplo: é possível concluir que o artigo 9º, inciso I, da Lei 12.257/2011 (“Lei de Acesso à Informação”)⁶⁸ é dispositivo legal editado posteriormente à Emenda Constitucional de nº 32/2001 que, embora inserido em diploma normativo que regulamente as garantias relativas ao direito à informação, trata de assuntos ligados à organização e ao funcionamento da Administração Pública.⁶⁹ Todavia, não se cogita o controle de constitucionalidade desse dispositivo por vício formal, tampouco revogação por regulamento presidencial. Assim, caso tal dispositivo entre em conflito com norma (formalmente e materialmente constitucional) contida em regulamento editado com base no artigo 84, inciso VI, da Constituição, tal conflito deve ser resolvido no plano da legalidade em favor do dispositivo contido na lei de acesso à informação.

Ademais, não deve prevalecer o argumento de que o dispositivo não teria finalidade direta a regulamentar e a organização e funcionamento dos órgãos e entidades públicas, mas sim resguardar o direito à informação. Ora, se a Administração Pública existe para tutelar direitos, buscar o interesse público e atender aos fins estatais, todas as normas relativas à organização e funcionamento da Administração Pública buscam essencialmente essas finalidades. Do mesmo modo que as leis que regulam o processo não têm por finalidade organizar internamente os tribunais, essas acabam influenciando a formulação dos regimentos, submetendo-os ao controle de legalidade. Não há por que sustentar, portanto, que tais regulamentos sigam lógica diversa.

Surge deste modo, a seguinte questão: se a edição de um campo reservado ao regulamento não foi um dos objetivos da emenda, o que, de fato, ela teria inovado ao alterar a redação do artigo 48, inciso XI, e artigo 84, inciso VI?

É possível identificar, ao menos, três pontos. Primeiramente, a emenda revogou um campo de reserva de lei previsto na antiga redação do artigo 48, inciso XI, para tratar da estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública – atualmente a reserva de lei se restringe à criação e extinção desses. Além disso, ao alterar a redação do artigo 84, inciso VI, retirou-se a exigência de lei prévia norteadora do poder regulamentar do Presidente sobre organização e funcionamento da Administração Pública – quando não implicar em aumento de despesa.

O segundo, consequência do primeiro, foi a abertura de um espaço amplo para edição de regulamentos de execução independentes, resultante do fim da reserva de lei.

⁶⁸ “Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:

a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e
(...)”.

⁶⁹ Além disso, imagina-se ser perfeitamente possível o cumprimento de tal imposição legal sem necessidade de aumento de despesas.

Por fim, embora não tenha criado uma reserva de regulamento,⁷⁰ a emenda demarcou um espaço de proteção bastante claro contra o excesso de normatização por parte do legislativo. Ou seja, em matéria de organização administrativa, há o reforço da noção de que a lei somente pode se limitar a traçar contornos normativos mais genéricos e diretrizes gerais. Caso contrário, haverá violação pela função legislativa de uma reserva de administração em sentido estrito.⁷¹

É possível questionar ainda qual a diferença em se reconhecer a existência de um campo de reserva de administração em sentido estrito ao invés de uma reserva de regulamento no artigo 84, inciso VI, alínea “a”. Há, pelo menos, duas implicações. Primeiramente, caso fosse reconhecida a existência de uma reserva de regulamento, toda lei que trate da matéria ali discriminada (ou dispositivos esparsos de diplomas diversos sobre tal matéria) seria, *per se*, formalmente inconstitucional, ao passo que o reconhecimento de que se trata de um campo de reserva de administração em sentido estrito requer a análise do conteúdo da lei para verificação de eventual inconstitucionalidade material. A segunda, é a possibilidade de a lei traçar diretrizes gerais (limitando-se a isso) que, respeitando campo da reserva de administração em sentido estrito, terão superioridade hierárquica em relação aos regulamentos.

Por fim, poderia ser feito mais três críticas de cunho pragmático à tese ora defendida: a) as dificuldades em se delimitar quais leis respeitaram ou não o campo da reserva de administração em sentido estrito; b) a utilização do poder de estabelecimento de diretrizes gerais para uma indevida invasão no campo de proteção do Poder Executivo; e c) a lentidão do processo de reconhecimento da inconstitucionalidade material de uma lei violadora dessa reserva poderia “engessar” a atuação do Executivo.

Todas as críticas podem ser afastadas pela constatação de que o reconhecimento de uma reserva de regulamento também geraria problemas de igual ou maior magnitude. Ora, se a delimitação do que seriam normas legais de conteúdo mais geral e normas legais violadoras do campo da reserva de administração *stricto sensu* pode não ser tarefa simples, a delimitação do campo da lei e do campo do regulamento também não o seria. Basta analisar o exemplo contido na “Lei de Acesso à Informação”

⁷⁰ Entende-se, todavia, que embora essa emenda não tenha criado uma reserva de regulamento, não haveria *per se* violação de qualquer cláusula pétrea alguma inovação nesse sentido. Assim, embora as conclusões acerca da atual existência de uma reserva de regulamento no Brasil sejam divergentes, concorda-se com CYRINO (2004, p. 132-134) para quem uma reforma constitucional nesse sentido seria, a princípio, constitucional. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024-2/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 03/05/2007, as limitações matérias ao poder de emendar a CF não impediriam a modificação de normas constitucionais, entretanto, vedam a abolição de decisões políticas fundamentais. Todavia, deverá a hipotética emenda dispor de maneira clara nesse sentido, bem como respeitar o conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes, continuando a destinar à lei formal o tratamento das matérias mais afetas aos direitos e liberdades. Nesse sentido, são válidas as observações de ALMEIDA (2001, p. 220-221). Segundo o administrativista, embora sejam possíveis reformas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais e à separação de poderes, são vedadas as limitações que extrapolem o mero plano do exercício e afetem os próprios direitos, assim como não se admitem alterações na separação que extrapolem uma mera redistribuição de funções.

⁷¹ Esse é também o teor do artigo 96, inciso I, alínea “a”, que garante autonomia dos Tribunais para elaborar seus regimentos internos. Conforme apontado, a reserva de administração em sentido estrito não protege somente o Poder Executivo, mas quem exerça função administrativa em geral.

apontado. Se uma norma legal que diga respeito à tutela de determinado direito pode afetar indiretamente matérias ligadas à organização e funcionamento da Administração (ainda que não seja este seu fim último), também é possível que norma regulamentar que trate diretamente de organização e funcionamento da Administração afete indiretamente direitos e liberdades. Aparentemente, a resolução de um conflito normativo entre essas normas⁷² mostra-se tarefa mais difícil do que, presumindo a superioridade da lei, verificar quando ela deixou de estabelecer diretrizes gerais, incorrendo em inconstitucionalidade material por violação do princípio da reserva de administração e separação de poderes.

Ademais, a possibilidade de o Legislativo se utilizar do poder de estabelecimento de normas de conteúdo mais genérico para indevidamente invadir a esfera de atuação de interesse do Poder Executivo seguramente não é mais grave que a possibilidade desse poder extrapolar seu suposto poder regulamentar autônomo, afetando direitos individuais. Além disso, o processo legislativo é seguramente mais cercado de mecanismos de controle prévio e concomitante de constitucionalidade (inclusive pelo Executivo) que a edição unilateral de regulamento.

Enfim, no que tange à possível lentidão do controle de constitucionalidade principal, tal argumento também não deve prevalecer. Primeiramente porque, conforme apontado acima, tal lentidão também ocorreria no controle do regulamento autônomo que extrapolasse o campo da reserva de regulamento. Além disso, o Presidente da República é um dos legitimados para propositura da Ação Direta de Constitucionalidade e das demais ações do controle abstrato.⁷³ Finalmente, tal problema pode ser contornado com a obtenção de medida liminar nas ações do controle de constitucionalidade abstrato.

Com base em tudo isso, entende-se que o sistema constitucional brasileiro, embora não tenha consagrado o instituto da reserva de regulamento, confere amplo espaço para a auto-organização do Poder Executivo, bem como possui mecanismos eficazes de proteção desse espaço contra ingerências indevidas.

6 Conclusão

Em síntese ao exposto no presente ensaio, é possível chegar às seguintes conclusões:

a) O instituto da reserva de administração, tendo em vista seu conceito mais amplo, pode se configurar sob dois aspectos: a reserva de administração em sentido estrito e a reserva de regulamento.

⁷² Na lógica do instituto da reserva de regulamento, tais normas teriam mesma hierarquia. Assim, sequer seria possível falar em antinomia, mas sim em inconstitucionalidade formal ou material de cada uma delas. Ocorre que, na prática, somente se desconfiaria de eventual inconstitucionalidade de alguma delas quando colocada em confronto com a outra norma, mas não pela análise individual da norma legal ou regulamentar em face da Constituição (vide o exemplo do artigo 9º, inciso I, da Lei 12.257/11).

⁷³ Além disso, embora polêmico, diversos autores defendem a possibilidade de o Presidente a se recusar ao cumprimento de lei inconstitucional, desde que mova a ação do controle abstrato de constitucionalidade imediatamente após o descumprimento. Nesse sentido: MELLO (2010). Certamente o Poder Legislativo não dispõe de prerrogativa semelhante, vez que o Senado não poderia utilizar a prerrogativa do artigo 49, inciso V, CF (“sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”) em face de regulamentos autônomos.

b) O primeiro, fundado na separação de poderes, visa impedir ingerências indevidas no núcleo essencial e no espaço para o bom desenvolvimento da função administrativa (podendo proteger inclusive outros Poderes e órgão alheios ao Executivo, quando esses exercerem tal função). Pode ser oposto em face da função legislativa bem como da função judiciária. Suas principais formas de manifestação são: a reserva de um espaço para que a Administração Pública disponha normativamente, em caráter secundário, sobre assuntos de seu interesse e sua competência; limites ao controle judicial dos atos, processos e decisões administrativas (sobretudo pautado no espaço pelo poder discricionário e mérito administrativo); iniciativa de lei atribuída ao Chefe do Poder Executivo sobre assuntos de interesse administrativo; etc.

c) Já a reserva de regulamento, consagrada em alguns países europeus como França e Portugal, exclui do campo de competência do Parlamento o exercício da função legislativa relativa a determinadas matérias, passando tal função para a órbita do Poder Executivo, que o exerce por meio dos regulamentos autônomos. Veda-se, sob pena de inconstitucionalidade formal, a edição de leis formais nesses campos, não havendo que se falar em primazia em relação a tais materiais. Alguns autores utilizam a expressão gênero “reserva de administração” para se referir a tal espécie.

d) É perfeitamente admissível no Brasil a edição de regulamentos de execução independentes – bem como outros atos normativos ou mesmo atos concretos independentes – devendo para tal serem atendidos alguns requisitos: não incidir em um campo de reserva legal, explícita ou implícita (nesse caso, quando restringir sensivelmente direitos ou liberdades); visar atender aos objetivos do Estado, ao interesse público ou tutelar direitos; e, ser editado de acordo com os princípios de direito administrativo. Reserva de lei, ao menos no Brasil, não significa um campo oposto a uma reserva de regulamento, mas sim campo de matérias cuja regulamentação por meio de lei formal é indispensável.

e) Pelos argumentos expostos, entende-se que a sistemática constitucional do Direito brasileiro, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional de nº 32/2001, não adotou o instituto da reserva de regulamento (nem mesmo num espaço restritíssimo). Todavia, considerando as limitações impostas ao Legislativo pelo princípio da separação dos poderes e pela reserva de administração em sentido estrito – bastante ampliada, em matéria de organização administrativa, após a edição da referida emenda –, associada à abertura de amplo campo para edição de regulamentos independentes nessa seara, conclui-se que o Poder Executivo tem a seu dispor amplos mecanismos para se organizar de maneira independente. Além disso, a Constituição possui instrumentos suficientes para resguardar esse espaço.

7 Referência bibliográfica

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

____. Princípio da impessoalidade, in MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 109-118.

____. Teoria da regulação, in CARDOZO, Jose Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopez; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (org.) *Curso de direito administrativo econômico*, Volume III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119-148.

AMARAL JUNIOR, Jose Levi Mello do. Decreto autônomo: questões polêmicas, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 529-540.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARRAZA, Roque Antônio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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. 575-612.

CYRINO, André Rodrigues. O regulamento autônomo e a EC 32/01, *Revista Direito*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, jan./dez. 2004, p. 109-159. Disponível em <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_regulament_0autonomo.pdf>. Último acesso em 10 de março de 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

____. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19-50.

____. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade, in MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3-29.

____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade, *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, abr./jun. 1959.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A autonomia do poder regulamentar na Constituição francesa de 1958. *Revista de Direito Administrativo*, n. 84, 1966, p. 24-39.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE (Coord.). *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011, p. 125-150.

GUERRA, Sérgio. Crise e refundação do princípio da legalidade: a supremacia formal e axiológica da Constituição Federal de 1988. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 10, n. 49, 2008, p. 89-112.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, já./abr. 2012a, p. 207-247. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8648>>. Último acesso em 10 de março de 2014.

____. A legalidade na relação entre Ministérios e agências reguladoras, in ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 509-533.

____. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 230-260.

____. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação, in MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012b, p. 159-179.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Cristiana De Santis Mendes De Farias. O Poder Executivo e o descumprimento de leis inconstitucionais: uma breve análise dos argumentos desfavoráveis. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 31, jan./fev. 2010, p. 7-24.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito, in MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45-61.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIÇARRA, Nuno. A reserva de administração. *O Direito*, primeira parte, n. 1, jan./mar. 1990, p. 325-353.

RIVEIRO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*, n. 47, 2008.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. *A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da Lei. A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: 1996.