

Regulamento¹

Sergio Ferraz

Doutor em Direito Pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor titular aposentado da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ex-presidente do Instituto dos Advogados do Brasil e Decano do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado e consultor jurídico.

I. Noções introdutórias. Definições

O regulamento é um ato administrativo, de caráter normativo, com a finalidade de especificar os mandamentos de lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não –legislativa. Nessa definição resumem-se seus três elementos caracterizadores essenciais:

- a. sob o ponto-de-vista subjetivo, o regulamento pode emanar de órgãos ou agentes de qualquer dos Poderes estatais, atuando em caráter administrativo, não-legislativo;
- b. materialmente, apresenta o regulamento marcantes analogias com a lei, posto que, tal como esta, revela-se abrangente de uma série indeterminada e impessoal de hipóteses, criando normas jurídicas gerais, e, também como ela, distancia-se nitidamente, dos atos públicos de efeitos individuais e das decisões concretas em situações particulares;
- c. formalmente, constitui o regulamento manifestação de vontade da Administração Pública, desvinculada dos cânones impositivos típicos do processo legislativo;

Desde muito tem merecido atenção a contraposição entre os dois tipos fundamentais de atos normativos. Na Roma Imperial, os pretores tinham capacidade regulamentar, *secundum et praeter legem atque constitutionem*. E ao curso de toda a história do direito assume indisputável relevo a dicotomia lei-ordenança, elegendo-se como traço diacrítico a existência ou inexistência, na respectiva formação, ou emanção de pessoas que, ao menos em senso amplo, pudessem ser consideradas representantes da coletividade. No mundo medieval, o monarca não era um legislador livre, pois estava adstrito, para a formulação da regra jurídica ao *consensu populi*. Já o afirmara, peremptoriamente, a Dieta de Worms, em 1231:

“Ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova iura facere possint nisi melioribus et maioribus terrae consensus primitus habeatur”

Também identicamente acontecia entre os germânicos: o soberano detinha o poder regulamentar (Banngewalt) — poder de banco — mas inteiramente preso aos limites contidos na *lex terrae*, norma básica da vida comunal.

¹ Artigo originalmente publicado em FERRAZ, Sergio. Três estudos de direito. São Paulo: RT, 1977, pp. 105 - 126.

Contrastada com tal restrição, a necessidade da pronta atuação administrativa crescentemente exigia ordenamento legal. Impossibilitado de ditar leis — pois esta era da exclusiva competência da comunidade, e só com seu consenso utilizável — o rei passou a baixar ordenamentos particulares. É do desenvolvimento, na amplitude e na profundidade, do exercício de editar ordenamentos que teve origem o poder regulamentar. Isso explica o fato histórico de, formalmente, os primeiros regulamentos se terem revestido do caráter de notificação, para levar a todo o povo conhecimento da ordenança real.

Também decorre da circunstância histórica supramencionada o dado de estar a contraposição lei-regulamento indissolúvelmente ligada à ideia de democracia representativa. De fato, somente num esquema político-jurídico em que haja um corpo representativo do povo, encarregado da emanação de leis, e independente em relação à potência executiva, se justifica a repartição e a hierarquização das fontes de normatividade estatais. Novamente a história serve de abono à tese — sob o absolutismo houve um total amálgama quanto às faculdades legislativa e regulamentar, arbitrariamente concentradas num só agente ou corpo de agentes. Também aí perdeu sentido o processo formal de edição de um ou outro tipo de norma passando a ordenança real a constituir quando não o único, ao menos o supremo vetor legal. Aliás, a lição histórica tem inteira validade em nossos dias, para aqueles sistemas político-jurídicos, em que inexistente um critério de competência normativa diferenciadas, ou em que excessivamente concentradas em um Poder as funções estatais.

II. Fundamentação do Poder Regulamentar

Poucas matérias têm sido alvo de discussão teórica tão ampla, na ciência jurídica, quanto a do fundamento do poder regulamentar. O primeiro impulso da doutrina administrativa, coincidente com sua fase histórica de afirmação inflamada dos institutos e conceitos autônomos, pretendeu fixar, constituir na faculdade regulamentar mera concretização do poder discricionário generalizadamente inerente à função administrativa. Como pioneiramente proclama Gneist, aquilo que o órgão administrativo pode ordenar ou proibir em um caso isolado, pode ordenar ou proibir em forma geral, para todos os demais casos similares. Dessa parêmia, extraiu a doutrina duas conclusões:

- a. se a autoridade administrativa pode adotar procedimentos especiais referentes a casos particulares, pode igualmente reunir em um corpo orgânico de disposições todos os casos similares, disciplinando-os mediante normas gerais;
- b. outrossim, inteiramente conatural à faculdade de atuação administrativa em hipóteses isoladas é o poder de autolimitá-la ou autodiscipliná-la.

Transpondo para um ordenamento jurídico integral essas assertivas, afirmou a doutrina que a lei deixa à Administração uma certa esfera de ação, dentro da qual ela pode disciplinar e limitar sua atividade e a dos administrados, por meio de um regulamento.

Todo esse arcabouço sistemático, entretanto, choca-se contra um dado palpável e irrefutável: conquanto, em maior ou menor dose, quase todo órgão administrativo esteja investido de poderes discricionários, apenas os legalmente a tanto capacitados podem ditar regulamento. Ademais, por vezes o poder discricionário de certos agentes públicos tem sua origem no regulamento. Dessa forma, apenas parcialmente a doutrina do poder discricionário explica o poder regulamentar.

Outra corrente procurou o fundamento da faculdade regulamentar nela dividindo uma delegação legislativa. Teria, assim, essa índole a disposição constitucional que mais ou menos amplamente, atribui ao Executivo essa função. Para quem, a exemplo de Duguit

e Jèze, não trace diferença materialmente lei e regulamento, talvez a explicação fosse satisfatória. Mas sua insuficiência é patente. EM primeiro lugar, porque encerra renúncia inadmissível à busca de critérios diferenciais, difíceis, mas existentes, entre uma e outra categoria de norma. Em segundo lugar, porque representa, à luz do direito moderno, assentado no princípio da separação dos poderes, evidente retrocesso. Por último, porque se choca com a esmagadora maioria do direito constitucional positivo vigente atualmente, em que ou as delegações são formalmente vedadas, ou restrita a expressamente admitidas.

Há quem fundamente o poder regulamentar na lei ou na Constituição. Em outras palavras, ele nasce e se exerce segundo a disposição legal ou constitucional o estabeleça e discipline. Mas ainda aqui não encontramos a lena justificação da faculdade. Bastará, para tanto negar, lembrar que a maior parte das constituições só prevê expressamente o chamado regulamento de execução, mas é ostensivamente óbvio que a ele não se circunscreve a faculdade regulamentar.

Realmente, a faculdade ao exercício da atividade administrava, em caráter majoritário conferida ao Poder Executivo. Com esta ressalva, talvez se pudesse admitir a teoria da determinação legal ou constitucional: como a Constituição não só atribua determinadas faculdades ao Poder incumbido da tarefa administrativa, mas também, e sobretudo, lhe determina o dever de agir, implicitamente lhe confere as potestades necessárias ao desempenho desse dever. Daí poder-se admitir uma certa margem de discricção na atuação do poder regulamentar, cujo exercício, discricionariamente avaliado e efetivamente desenvolvido por quem legalmente habilitado, conformar-se-á aos limites batizados pela ordem legal vigente. Por isso, podemos constar cindir-se a faculdade regulamentar em duas espécies: a regrada e a discricionária. Mas ambas se exercem *secundum* ou *praeter legem*, jamais *contra legem*. Inexiste, pois, uma absoluta *freie Ernessem*, como queria Laum. Mas se é reconhecida à ação individual uma certa esfera de liberdade no silêncio da lei, entre o que esta proíbe e o que ela determina, não haverá como negá-la ao Estado. Há, efetivamente para o exercício do poder regulamentar, uma *Rechtsfreiesohäre* onde sua atuação, muito mais que uma faculdade, representa mesmo um dever. Ainda nos Estados Unidos, em que o poder regulamentar não tem claro assento constitucional, sua efetivação é indisputada, considerado que é como essencial ao desempenho da tarefa administrativa (conquanto ali se repute mais limitada a discricção regulamentar, do que no constitucionalismo europeu e latino-americano).

III. Delimitação do âmbito regulamentar. Distinções entre regulamento e outros atos normativos e adminsitrativos.

Outro espinhoso tema reside na tentativa de delimitação do específico regulamentar. Intimamente ligado a este problema, encontra-se o da distinção entre lei e regulamento.

Há um específico regulamentar e um específico legal?

A maior parte dos textos constitucionais delimita o que se convencionou denominar *reserva legal*. Trata-se de matérias que, por determinação da lei maior, devem ser objeto de disciplina mediante *lei formal*. Ao lado desse compartilhamento, há um vasto campo para o qual não se prevê uma competência normativa exclusiva. Classicamente, à luz de uma estrita concepção do princípio da separação dos poderes, ainda aqui com cunho geral só seria admissível a atuação do poder legislativo. Todavia, a dinâmica e a complexidade atual dos fenômenos sociais, como já ressaltamos, transformou em imperiosa obrigação a faculdade administrativa. Daí, a explicação e a justificação da atuação regulamentar nesse terreno, preenchido conteudisticamente, em caráter majoritário, pelos sistemas de organização administrativa. Do silêncio quanto à competência normativa decorre, entretanto, importe consequência: embora admissível o regulamento, a superveniência da lei é irreprimível e sua supremacia hierárquica incontornável, posto que

constitucionalmente deferido à lei, em sentido formal, amplo limite normativo, só descabido nos temas em que expressamente vedado, ou em que incompatível com os próprios princípios constitucionais fundamentais. Da comparação entre essas duas esferas de atuação, decorre a constatação de se apresentar a faculdade regulamentar, em sua amplitude, com delimitação extremamente variável, subordinada que está, ora aos critérios políticos que ditam a atuação do poder legiferante, ora aos limites constitucionalmente impostos, da chamada *reserva legal*. De qualquer sorte, contudo, e ainda como consequência do princípio da separação dos poderes, poderemos afirmar a existência de um campo estritamente regulamentar, que consistirá na esfera de competência da particularização dos meios e condutas diretamente ligados à atuação administrativa.

Examinada a questão sob essa perspectiva, verificamos que a velha afirmação da integral submissão do regulamento à lei deve ser encarada com reservas. Para o estabelecimento de um limite entre uma e outra categoria normativas deveremos ter mente o critério de competência em virtude do qual age normativamente o órgão, e não a categorização formal do próprio órgão. Daí deflui que *lei* será a norma emanada do poder legislativo, como tal se entendendo não um órgão específico, mas uma *competência* constitucional. Somente esse critério poderá tornar racionalizável a estratificação de uma hierarquia normativa, nos sistemas em que constitucionalmente se atribuem tarefas legislativas ao Poder Executivo, fato dia-a-dia mais comum. É à luz do princípio da competência que num sistema em que se prevê a faculdade de editar decretos-leis, poderemos impugnar a edição de regulamentos por essa via. É ainda a admissão desse critério que permitirá constatar a violação do princípio da reserva legal, ou diagnosticar eventuais desvios no processo de desconstituição legislativa.

O estabelecimento do limite entre lei e regulamento, nos moldes supra expostos, permite, outrossim, afastar uma série de critérios de duvidosa validade. A concepção de Carré de Malberg, cifrando nos caracteres de ser a lei *inicial* e *incondicional*, em contraposição com o regulamento (que seria secundário e limitado) sofre indiscutível enfraquecimento em face da existência palpável, concreta e crescente do regulamento autônomo (que dá partida à normatividade de determinada matéria, sem qualquer limite posto em anterior lei formal). Do mesmo defeito carece o pretense requisito diacrítico da *novidade* da lei, em face do regulamento. Em outras palavras, o crescimento do campo de atividade da administração tornou apenas clássica a distinção de Jellinek no sentido de ser a lei um *Rechtsgesetz* (uma disposição que estabelece um direito novo do ponto-de-vista objetivo e subjetivo), ao passo em que o regulamento (*Verordnung*) não o seria (pois não criaria direito novo, nem objetiva nem subjetivamente, incidindo e atuando no interior do ordenamento jurídico existente). Em nossos dias, todos esses critérios têm validade, quando muito, ou para caracterizar uma determinada feição do poder regulamentar — o regulamento de execução —, ou para distinguir o regulamento, *lato sensu*, dos atos administrativos individuais.

Realmente, é correto repousar na generalidade e os demais atos administrativos, desde que por *generalidade* se entenda não obrigatoriamente uma universalidade (pois o regulamento pode ser de aplicação limitada), mas a *impessoalidade*. Ademais, o regulamento é um ato de eficácia externa, ou seja, sua normatividade não obriga tão apenas a administração que por ele se autolimita, mas confere direito público subjetivo invocável pelo particular. De regra, os comandos de abrangência interna podem ser levados ao conhecimento de seus destinatários por quaisquer outros meios, além da publicação. Quanto ao costume, um ostensivo traço diferencial existe — o da forma escrita do regulamento. Relativamente ao tratado, igualmente um claro critério de diferença se põe — a unilateralidade de formação do regulamento.

Como observa Jellinek, realmente a generalidade é o dado marcante no traçar a distinção entre o regulamento e o ato administrativo individual. Não se trata, repise-se, da generalidade numérica, mas da generalidade abstrata. O notável publicista alemão alinha exemplos muito sugestivos para, objetivamente, realçar a diferença:

- a. um ato normativo que seja endereçado aos cidadãos, cujo prenome comece “Y”, é regulamentar, embora eventualmente só atinja um administrado;
- b. já a ordem de um agente policial, dirigida à multidão, para dissolver ajuntamento, ou interditar o acesso, a determinado lugar, é um conjunto de atos individuais, cujo conteúdo jurídico se esgota em cada aplicação a cada administrado. Trata-se do *allgemeinverfügung*, a que alude a doutrina germânica (ato individual geral).

Jellinek ainda se refere aos atos indiretamente regulamentares, quais sejam aqueles que, embora diretamente estabeleçam uma determinação individual, em seu resultado final acabam por estipular uma norma abstrata. O exemplo é o ato de polícia incidente sobre determinado local de diversões, vedando-o à frequência de menores.

Questão de magna importância se põe, intimamente ligada à definição da justificação do poder regulamentar: porque a autoridade que emite um regulamento não pode inobservá-lo em caso singular, mas pode produzir uma nova regra geral substitutiva? Apenas uma resposta científica pode ser outorgada à indagação: os regulamentos têm o valor de norma jurídica, sendo suas prescrições obrigatórias quer para os administrados, quer para os administradores. Dão nascimento, em decorrência, até mesmo a direitos públicos subjetivos. Trata-se de mais uma confirmação do princípio de isonomia, de regra constitucionalmente consagrada. A revogação ou a modificação do regulamento assume, assim, o sentido de uma das maneiras de exercer a faculdade regulamentar, ao mesmo tempo em que exprime o respeito da Administração pela normatividade que ela mesma emite, autolimitando-se.

A faculdade regulamentar, longe de informar o princípio da separação dos poderes, antes o confirma: o regulamento é uma das principais formas de manifestação da atuação administrativa, deferida majoritariamente ao Poder Executivo, e não pode contrariar a lei formal, esteando sua legitimidade, outrossim, na previsão implícita ou explícita, assentada na constituição ou nas leis ordinárias.

A via formal em que habitualmente baixado o regulamento é, entre nós, o *decreto*. Tanto faz, contudo, que o regulamento constitua texto destacado do decreto que o baixe a approve, ou que se apresente como um texto uno. Evidentemente, a segunda dessas alternativas ostenta como vantagem uma comodidade maior, para fins de citações.

Por isso que, como assentado, a justificação última do poder regulamentar reside no dever de administrar inerente à Administração, o âmbito de sua incidência está limitado aos campos do direito em que lhe caiba atuar. Descabe a regulamentação da execução pelo Executivo, portanto, de leis civis ou comerciais (que regem relações jurídicas privadas) ou de leis processuais (concernentes a tarefa de outro Poder). Realmente, só compete ao órgão dotado da faculdade regulamentar exercê-la com referência ao direito público que lhe caiba aplicar. A regulamentação da competência judicial por lei, tão apenas, atende não só ao princípio da separação dos Poderes, como também constitui efetiva afirmação das garantias jurisdicionais. A exceção entre nós aberta em favor do Supremo Tribunal Federal (que possui parcela dessa faculdade), e dos Tribunais estaduais (para fins de organização judiciária), só é legítima porque expressamente estabelecida na própria Constituição.

IV. Regulamento de execução

A consagração quase total no mundo ocidental, com as alterações que os novos dias vieram a impor, da fórmula de Montesquieu, a partir da Revolução Francesa, de repartição dos poderes, resultou em que a primeira modalidade de regulamento, conhecida pelo direito moderno, foi a do chamado *regulamento de execução*.

O regulamento de execução é um ato administrativo normativo, contendo comandos gerais, com vistas à correta aplicação da lei. A finalidade dessa modalidade regulamentar é a explicitação da norma legal, e o aparelhamento dos meios concretos para sua execução.

Cumpra observar que algumas leis são total ou parcialmente auto-executáveis. Isso importa em dizer que nelas já se contêm os dados de aptidão imprescindíveis à imposição concreta e pronta de sua normatividade. Entretanto, de regra, nas leis se estabelecem apenas os balizamentos gerais da disciplina de determinada conduta ou instituto, relegando-se ao regulamento a operação de particularização da regra abstratamente posta. O progresso tecnológico, diariamente conquistado, e a crescente complexidade dos fenômenos sociais, tomam, realmente, indesejável e praticamente impossível que na lei possa exaurir-se o objeto da atuação normativa. Cedo se revelaria de insuportável fixidez, divorciada da realidade fática, a lei que descesse às minúcias, de hábito, regulamentares.

De toda sorte, contudo, seja ou não auto-executável, em qualquer caso sua regulamentação será legítima. A única distinção existente entre uma e outra hipótese reside na circunstância de, quanto ao segundo tipo, o regulamento consistir em condição de sua aplicação. Doutra parte, cabe observar que, conquanto, de regra, a lei cuja execução fique subordinada à expedição de regulamento só entre em vigência quando da expedição deste, a falta de sua emanção, no tempo prescrito, importa na subsequente incidência da normatividade legal, nas partes que independentemente da especificação possam ser aplicadas. Assim não fora, estaria aberta via ao poder regulamentar para obstar a plena imperatividade do comando legislativo. A mesma sorte de considerações leva à afirmação de imediata eficácia da lei subordinada a regulamentação, sem cominação de prazo para tanto, ressalvadas as regras na prática inaplicáveis sem o implemento regulamentar.

Em nosso direito positivo, a subordinação dessa modalidade de regulamento à lei não constitui mero princípio doutrinário. Nossa Lei de Introdução ao Código Civil afirma o primado da lei, só admitindo sua derrogação ou revogação por diploma de mesma hierarquia. Da afirmação da submissão do regulamento à lei não decorre, contudo, poder esta vedá-lo. A faculdade de regulamentar a execução da lei tem, de regra, assento constitucional. Entre nós ela está proclamada desde a primeira Carta Política. Ademais, ela é, como já frisamos, um, dado conatural à atribuição administrativa. Realmente, é inteiramente falsa a noção de constituir o poder regulamentar uma resultante setORIZADA do poder legislativo, até mesmo porque, historicamente, o poder regulamentar se afirmou espontaneamente, sem atendimento a qualquer sistematização jurídica, e anteriormente à conformação de um poder legislativo autônomo, formal ou materialmente. Ademais, ainda quando prevista sua edição em lei, o regulamento constitui ato administrativo, e não concretização de uma delegação legislativa que pudesse ser discricionariamente cassada.

Nem mesmo quando a lei se apresente claramente auto-executável poderá ser inquinado de ilegítimo o exercício da faculdade regulamentar. Será talvez inócuo, atécnico, supérfluo ou pleonástico, mas não institucional. Realmente de nenhuma valia é o regulamento que se limita a repetir a lei. Entretanto nenhuma, outrossim, é a mácula desse regulamento, posto que, ao repetir a lei que visa executar, obviamente não ultrapasse seu âmbito de incidência, nem os limites da reserva legal.

Conquanto ínsito no dever de administrar o exercício da faculdade regulamentar, pode a lei expressamente prescrever à Administração o dever jurídico de regulamentação

in concreto. O descumprimento, ou a omissão por tempo excessivo, na medida em que atentar contra a execução da lei, poderá configurar, em nosso direito positivo, o crime de responsabilidade (Constituição Federal, art. 82, VII).

Parece-nos, contudo, inconstitucional a fixação de prazo, ao Executivo, para a expedição de regulamento de execução. Não há supremacias entre os Poderes do Estado. Coos poderes constituídos que são, seu inter-relacionamento há de ser estritamente ditado pelo Poder Constituinte. Assim, inexistindo em nossa ordem constitucional norma que possibilite a cominação, sua consagração, a nível legal, infringe o estatuto do princípio de Poderes.

Doutra parte, inteiramente descabido se afigura o fixar, à guisa de regulamentar, uma interpretação da lei. A atividade hermenêutica é a província constitucional do Poder Judiciário, que não fica, portanto, adstrito à regra executiva. Realmente, a única interpretação confere é a chamada “autêntica”, mas, como adverte a melhor doutrina, a rigor aí não se trata de interpretação, mas de formulação de nova regra legal, mais explícita que a anterior.

Observe-se que, frequentemente, com o regulamento a Administração não só se autolimita, mas, também restringe os poderes que a lei lhe atribuíra. Essa restrição só é admissível quando incidente sobre poderes, cujo exercício a Administração estava habilitada a discricionariamente efetivar. A invalidade da limitação é óbvia, entretanto, quando tem por objeto não um simples poder de atuar, mas um dever de fazê-lo.

Da subordinação do regulamento de execução à lei deflui que, revogada esta, fica aquele sem aplicação. Mas quando se trata de simples modificação, o regulamento anterior, no que compatível com as novas normas, perdura eficaz.

Persiste, também, sua eficácia, como regulamento autônomo, naqueles temas não abordados pela lei nova, desde que não haja atrito entre o diploma suplementar e o sentido do arcabouço jurídico defluente da lei revogadora da inicialmente regulamentada.

Importante é realçar que o regulamento de que estamos tratando não é um ato de execução servil da lei, mas um meio para se chegar plenamente a essa execução. Realmente não pode ele ser *contra legem*, porque norma secundária, emanada sem atendimento aos requisitos formais de formulação, e substantivos de competência da lei. Mas sua finalidade é a execução do *conteúdo* da lei, e não de seu limite formal. Pode, por isso, conter norma nova, desde que não contrarie a ordem legal vigente e seja necessária à plena execução do diploma regulamentado. O regulamento deve ser compatível com as leis, em sentido formal (não em sentido material, porque aqui os próprios regulamentos caberiam). Dessa forma, observadas essas cautelas, e atendidos os critérios de distribuição de competência, não deve um regulamento submissão a outro. E, em relação à lei, *stricto sensu*, deverá ele guardar uma relação de compatibilidade, e não de mera conformidade. Eis porque, desde que não contrarie a ordem legal formal, ode exercer-se livremente o poder regulamentar. Assim, a lei, que para o legislador é o objeto de sua atividade, e para o Juiz o fim de sua atuação, para o administrador representa um limite. Mas um limite amplo, que não se reduz à lei que particularmente estiver sendo regulamentada, mas à ordem legal vigente. A violação frontal ou oblíqua a tais limites constitui eloquentes exemplos de, respectivamente, excesso e desvio de poder, como definidas tais figuras no direito administrativo francês.

V. Regulamento Autônomo

Se historicamente o regulamento de execução é a primeira manifestação importante do poder regulamentar, após a consagração do princípio da separação dos poderes, dúvida não resta quanto à maior significação, em nossos dias, do chamado regulamento

autônomo ou independente, em face da tremenda complexidade, e aceleração dinâmica dos fenômenos político-sociais de nossa vida.

Já tivemos oportunidade de traçar, em linhas anteriores, a justificação dessa modalidade de faculdade regulamentar. Bastará, portanto, por ora, lembrar que ela decorre do dever que tem a Administração de organizar e tornar plausivelmente efetíveis as atribuições que lhe são próprias. Quando inexistir texto expresso a prevê-lo, como no Brasil e na Argentina, a sua validade se chega quer por construção do texto constitucional, quer por costume constitucional.

Os regulamentos autônomos têm como campo de ambiência, frequentemente admitido, um dos dois seguintes terrenos: ou aquela área não expressamente reservadas à lei, e onde norma legal, *stricto sensu*, ainda não foi editada (a *Rechtsfreiesphäre* deferida à Administração ou, como no direito americano, o campo dos poderes residuais); ou a chamada “reserva da Administração”, isto é, aquela em que, por disposição de lei maior, é livre, discricionário e exclusivo o desenrolar da ação administrativa. No primeiro caso a superveniência de lei revogará a norma regulamentar. No segundo, a iniciativa legislativa padecerá de insanável ilegitimidade. Pode ocorrer, quando se trate da primeira hipótese, que alguma lei formal já exista, sem esgotar, entretanto, a normatividade possível conquanto limitando a discricionariedade administrativa. Daí decorre, pois, que os regulamentos autônomos podem ser classificados em regradados e discricionários. Outra classificação admissível, decorrente das noções acima lançadas, é a que divide os regulamentos autônomos em regulamento de exercício de poderes discricionários e regulamentos autônomos de organização administrativa. Ainda outras subtipificações são possíveis, segundo as esferas hierárquicas de que emanem. Assim, temos regulamentos federais, estaduais, municipais. Também podemos considerar a existência de regulamentos federais e locais, conforme a área de incidência que atinjam. Outrossim, pode o agente investido de poder regulamentar exercê-lo em relação a entes de hierarquia inferior (por exemplo, o Estado pode ditar regulamento para suas autarquias). Conquanto, como regra geral a posição hierárquica forneça a norma de composição no eventual conflito entre preceitos regulamentares emanados de fontes diversas, nessas hipóteses de descentralização do poder regulamentar, tal critério há de ser afastado quando exista disposição expressa de competência, caso em que a atividade do ente superior poderá afigurar-se ilegítima.

Não hesitaríamos, ademais, em inserir na província de regulamento autônomo, tal como Giannini, aqueles temas sem relação aos quais se configurem os seguintes requisitos:

- a. matéria de reserva legal, mas
- b. em que for omissa a lei, e
- c. urgente, em benefício da coletividade, uma atividade, concreta ou normativa, da Administração Pública.

À guisa de curiosidade, deve ser destacado que as novas constituições, dos recém-criados Estados africanos, de regra encomendadas a eminentes publicistas europeus, têm cortado cerce qualquer controvérsia quanto ao regulamento autônomo, a ele fazendo clara referência:

- I – A Constituição da Argélia afirma, em seu art. 52, que o Presidente da República assegura a execução das leis. E, no art. 53, que lhe compete o poder regulamentar.
- II – Mais expressivo é o art. 27, da Lei Maior do Congo Kinshasa:

“O Presidente da República assegura a aplicação das leis e redige os regulamentos relativos à organização interna da Administração”.

III – A Constituição do Egito, de 1971, dedica três preceitos ao problema. No art. 144, cuida do regulamento de execução. E, expressivamente, proclama aos subsequentes:

“Art. 145 – O Presidente da República promulga os regulamentos de polícia.

“Art. 146 – O Presidente da República promulga os decretos necessários à criação e organização dos serviços e da administração pública”.

As Constituições de Madagascar (art. 33), Mauritânia (art. 35), Níger (art. 44) e Senegal (art. 65) vão ainda mais longe, determinando que lei formal, em assunto de reserva administrativa, pode ser modificada por regulamento do Poder Executivo.

VI. Regulamento Delegado e Regulamento de Necessidade

Consigna a doutrina europeia dois outros tipos de regulamento, que merecem nossa atenção.

Em primeiro lugar, há que examinar o regulamento autorizado ou delegado. Como tal se entende o tipo de regulamento que, por expressa permissão legislativa, disciplina matéria de ordinário abrangida pelo princípio da reserva legal. É evidente atecnicidade da expressão *delegação, in casu*, pois não ocorre uma transferência de poderes, mas simples determinação de competência. É de toda relevância ressaltar que o chamado regulamento delegado regulamento é: assim, está integralmente limitado ao sistema de legalidade vigente. E nisso diferencia-se da lei delegada e do decreto-lei, categorias hierarquicamente equiparadas à lei formal, podendo, assim, reformá-la ou revogá-la. Exemplo, entre nós, do regulamento delegado encontramos na normatividade que o Supremo Tribunal Federal dite, quanto ao processo e julgamento dos feitos que lhe sejam encaminhados.

Em segundo lugar, cabe rápida vista aos chamados regulamentos de necessidade ou de urgência. Por essa denominação entendemos as normas ditadas por Poder não investido de competência legislativa, em matéria de reserva legal, em circunstâncias graves, que justificariam a usurpação. Como exemplo de tais acontecimentos aludem os juristas às guerras, comoções internas graves, calamidades públicas etc. Afigura-se claro que o exercício da potestade legislativa, no caso, constitui mera situação de fato, que não pode receber roupagem jurídica. Trata-se, realmente, de manifestação política que só adquirirá forros de legitimidade se *a posteriori* convalidada pela ordem jurídica, nos moldes constitucional ou legalmente vigentes. Assim, antes não serão regulamento, e depois de ratificados o que haverá será lei formal. Tema dos mais espinhosos, na doutrina europeia, é o da eficácia temporal da negativa de ratificação legislativa. Embora não pacífico, tem predominado o ponto-de-vista da valia *ex nunc*, quer em relação ao Administrador, quer com referência ao administrado. Quanto a este, porque difícil seria sua resistência a uma normatividade imposta por agente excepcionalmente investido de poderes ainda maiores que os habituais. Quanto àqueles, porque ainda quando exorbitante, a ação teve a explica-la a *necessitas agendi* e pressuposto interesse público. Cabe observar que muitas vezes se levantam na doutrina europeia quanto à convalidação dos regulamentos de urgência, sob o argumento de incumbir ao Estado um dever de previsão bem maior que o atribuído ao particular, não lhe sendo lícito, a não ser em condições muito mais excepcionais que as habitualmente elencadas, alegar o estado de necessidade.

VII. Outras Classificações – Considerações Finais

Além dessas classificações, são correntes algumas outras em direito administrativo. É afirmada, entre os alemães, por exemplo, a distinção entre regulamentos jurídicos e regulamentos administrativos. Os primeiros seriam aqueles que contêm normas jurídicas, impõem deveres e criam direitos. Os segundos consistiriam em meras regras internas da administração, dirigidas a seus funcionários. A inexatidão técnica e conceptual desse esquema tem sido vivamente combatida: toda norma objetiva, que contenha uma determinação, integra o sistema jurídico, sendo invocável por quem seja prejudicado por sua inobservância. Uma simples instrução ou ordem de serviço pode constituir fonte de direitos e obrigações, e só não o dará se for de natureza estritamente técnica e não-obrigatória.

Outro aspecto interessante a ser abordado reside na natureza das normas atinentes ao direito de construir. Prevalece na jurisprudência o entendimento de cindi-las em dois grupos: o primeiro, em que a tônica da aferição da legalidade de comportamento é o interesse individual, do proprietário ou dos vizinhos, integra-se no sistema jurídico privado, e são consagradas, de regra, nos códigos civis; o segundo é constituído por preceitos que têm a fundamentá-los o interesse público e está inserido na esfera do direito administrativo. Conquanto um e outro façam parte do sistema jurídico positivo, e ensejem direitos subjetivos (privados no primeiro caso, privado e público no segundo), só em relação ao segundo se afigura legítimo o exercício da vontade administrativa.

Nos países em que existente o contencioso administrativo, de regra apenas nessa corte especializada é abstratamente impugnável o ato regulamentar. Entre nós, todavia, por disposição constitucional, qualquer ato administrativo está sujeito ao controle judicial de constitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA

- A. MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*.
A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*.
AUGUSTIN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Buenos Aires, 1975.
ALDO SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*.
AMÍLCAR FALCÃO, *Introdução ao Direito Admnsitrativo*.
ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*.
ANDRÉ G. PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*.
ARTURO LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*.
B. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*.
BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*.
BONIFÁCIO FORTES, *O Poder Regulamentar*, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 65
CAIO TÁCITO, *A Admnsitração e o Controle de Legalidade*, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 37.
CARLOS GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*.
CARLOS MEDEIROS SILVA, *O Poder Regulamentar e sua Extensão*, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 37.
CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*.
CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, *Os Regulamentos Independentes*, in “Revista de Direito Público”, vol. 16.
EMÍLIO CROSA, *Corso di Diritto Costituzionale*.
ENRIQUE LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*.
FEDERICO CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*.

FERRUCIO PERGOLESI, *Diritto Costituzionale*, Pádua, 1956.
FRANCESCO D’ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*.
FRITZ FLEINER, *Droit Administraif Allemand*.
GEORG JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*.
GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*.
GERALDO ATALIBA NOGUEIRA, *Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro*, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 97
GNEIST, *Diritto Amministrativo Inglese*.
GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, in “Novíssimo Digesto Italiano”, vol. XV, verbete *Regolamento*; Scritti Vari di Diritto Pubblico.
GUSTACO PHILADELPHO AZEVEDO, *O Direito de Construir e os Regulamentos Administrativos*, in “Revista de Direito da Procuradoria-Geral”, vol. 2.
HANS KELSEN, *Teoria Geral del Derecho y del Estado*.
HELLY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*.
JEAN RIVERO, *Droit Administratif*.
JÚNIO MALTA TORRES, *Limite Constitucional do Regulamento*.
JOSÉ CANASI, *Derecho Administrativo*, vol. I, Buenos Aires, 1975.
LEÓN DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*.
LOUIS ROLLAND, *Droit Administratif*.
LOIUS TROTABAS, *Manuel de Droit Public et Administratif*.
LORENZA CARLASSARE, *Regolamenti dell’Esecutivo e Principio di Legalità*.
M. HARIOU, *Droit Administratif*.
M.S. GIANNINII, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 2.
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 84.
MANOEL RIBEIRO, *Direito Administrativo*.
MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho Administrativo*.
MARCEL WALLINE, *Droit Administratif*.
MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*.
MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*.
MICHEL STASSINOPOULOS, *Traité des Actes Administratifs*.
MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*.
MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*.
ORESTE RANELETTI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*.
PIERRE WIGNY, *Droit Administratif*.
PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*.
R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoria General del Estado*.
RAFAEL BIELSA, *Estudios de Derecho Público*.
ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 4^a ed., Paris, 1943.
RUY BARBOSA, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III.
SABINO ALVAREZ GENDIN, *Tratado General de Derecho Administrativo*.
SALVATORE FODERARO, *Il concetto di legge*, Roma, 3^a ed.
VICTOR NUNES LEAL, *Lei e Regulamento*, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 2.