

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Constitucional

André Jackson de Holanda Maurício Júnior

O Pós-Positivismo jurídico e o Poder
Regulamentar

BRASÍLIA – DF
2013

André Jackson de Holanda Maurício Júnior

O Pós-Positivismo jurídico e o Poder Regulamentar

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador:

**BRASÍLIA – DF
2013**

André Jackson de Holanda Maurício Júnior

O Pós-Positivismo jurídico e o Poder Regulamentar

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A presente monografia propõe-se a tratar do pós-positivismo jurídico e de suas repercussões sobre o poder regulamentar. Como metodologia de pesquisa para o desenvolvimento deste trabalho monográfico foram utilizados livros doutrinários, revistas especializadas, legislações e jurisprudência de vários tribunais brasileiros, estas, encontradas em sítio especializado, *via internet*. De início, será feita uma análise da origem e definição do pós-positivismo jurídico, abordando-se sua relação com o neoconstitucionalismo, o pós-modernismo e a nova hermenêutica jurídica, apontando-se, ainda, para o papel de Poder Judiciário no cenário jurídico atual. Após, será feita uma análise do poder regulamentar sob a perspectiva pós-positivista, especialmente ligada ao fenômeno da deslegalização. Sob essa perspectiva, serão elencadas as diversas espécies de regulamentos derivados do poder regulamentar, deixando-se delineada a amplitude de atuação de cada uma das referidas espécies. Será exposto, em seguida, o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o poder regulamentar autônomo. Por fim, serão registradas as conclusões sobre a relação entre o pós-positivismo jurídico e o exercício do poder regulamentar.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Poder regulamentar. Deslegalização.

ABSTRACT

This monograph proposes to treat post-legal positivism and its repercussions on the regulatory power. As a research methodology for the development of this monograph were used doctrinal books, journals, legislation and case law from several Brazilian courts, these, found in specialized website via the internet. Initially, there will be an analysis of the origin and definition of post-legal positivism, covering up his relationship with neoconstitutionalism, postmodernism and the new legal interpretation, pointing out also for the role of the judiciary in the legal scenario current. After, there will be an analysis of regulatory power under the post-positivist perspective, especially linked to the phenomenon of undo the legalization. From this perspective, the various species are listed derivatives regulations of regulatory power, leaving outlined the breadth of activity of each of these species. Will be exposed, then the positioning of the doctrine and jurisprudence on autonomous regulatory power. Finally, the findings will be recorded on the relationship between post-positivism and legal exercise of regulatory authority.

Key-words: Post-legal positivism. Regulatory power. Undo the legalization.

SUMÁRIO

Introdução.....	06
-----------------	----

CAPÍTULO I

O Pós-Positivismo jurídico

1. Origem e definição.....	08
2. O Pós-Positivismo jurídico e o Neoconstitucionalismo	17
3. O Pós-Positivismo jurídico e Pós-Modernismo	20
4. O Pós-positivismo Jurídico, a nova hermenêutica jurídica e o papel do Poder Judiciário	23

CAPÍTULO II

O Poder Regulamentar sob a perspectiva Pós-positivista

1. A deslegalização.....	33
2. A amplitude de atuação do Poder Regulamentar: as diversas espécies de regulamentos existentes.....	40
3. O Poder Regulamentar autônomo: posicionamento da doutrina e jurisprudência	46
Conclusão.....	56
Referências	58

INTRODUÇÃO

Por ser considerada produto da soberania popular e, posteriormente, da razão que geraria, por meio do método descritivo da realidade, a certeza jurídica própria das ciências exatas e naturais, a lei era vista como a expressão máxima do Direito, levando-se, assim, a consolidação de um verdadeiro “fetichismo da lei”¹.

Com a superação do positivismo jurídico, especialmente em razão das atrocidades cometidas contra a humanidade sob a proteção de enunciados normativos, houve uma reaproximação entre o Direito e os valores éticos e morais, fazendo surgir uma nova corrente jusfilosófica: o pós-positivismo jurídico.

O pós-positivismo jurídico abre espaço para a axiologia no Direito por meio da força normativa dos princípios jurídicos, afastando-se, de outro lado, das fundamentações de ordem metafísica típicas do jusnaturalismo.

Diante disso, e tendo em vista a complexidade e o dinamismo das sociedades pós-modernas, onde os fatos jurídicos são os mais variados possíveis, tem-se sustentado a impossibilidade de adoção de um princípio da legalidade de tipicidade rígida. Com efeito, torna-se cada vez mais comum a inserção de cláusulas abertas (princípios jurídicos, conceitos indeterminados e cláusulas gerais) no ordenamento jurídico, cuja plurivocidade abre espaço para uma atuação mais intensa dos aplicadores do Direito, pondo-se em xeque o dogma da completude do ordenamento jurídico.

Neste contexto, o pós-positivismo jurídico proporciona um campo de atuação cada vez maior para o poder regulamentar, ensejando um debate tanto sobre a amplitude de atuação do regulamento de execução (mera execução, autorizado e independente), quanto acerca da própria existência do regulamento autônomo.

Com o intuito de proporcionar os alicerces necessários para o entendimento do tema, o presente trabalho tratará da origem e definição do pós-positivismo jurídico, abordando sua relação com o neoconstitucionalismo, o pós-modernismo e a nova hermenêutica jurídica, apontando, ainda, para o papel de Poder Judiciário no cenário jurídico atual.

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 121.

Após, será feita uma análise do poder regulamentar sob a perspectiva pós-positivista, especialmente ligada ao fenômeno da deslegalização. Sob essa perspectiva, serão elencadas as diversas espécies de regulamentos derivados do poder regulamentar, deixando-se delineada a amplitude de atuação de cada uma das referidas espécies.

Por fim, será exposto o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o poder regulamentar autônomo.

CAPÍTULO I O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

1. Origem e definição

Com as revoluções liberais ocorridas no século XVIII, a lei, considerada o produto da vontade geral do povo (soberania popular) e não mais de um soberano, foi guinada ao posto de máxima simbologia no Estado liberal, em face principalmente do anseio pela limitação do poder estatal, abrindo-se, assim, as portas para o desenvolvimento nos séculos XIX e XX do positivismo jurídico.

Por mais paradoxal que possa parecer, a consolidação do positivismo jurídico, que sempre negou a existência de direitos naturais², decorreu diretamente do desenvolvimento do jusnaturalismo³. É que o jusnaturalismo, que teve sua passagem marcada pelo confronto direto com o absolutismo, sustentava a existência de direitos inatos derivados do existir humano *tout court*, independentemente de eles estarem positivados no ordenamento jurídico⁴. O objetivo, então, dessa corrente filosófica era o reconhecimento, pelos Estados absolutistas, de direitos naturais ligados precipuamente às liberdades individuais. Nesse sentido, esclarecedores são os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

² *A negação do direito natural, finalmente, encontra sua mais radical expressão no positivismo jurídico, que é a doutrina dominante entre os juristas desde a primeira metade do século passado até o fim da Segunda Guerra Mundial; concordam com essa doutrina, diga-se de passagem, os dois maiores juristas alemães da primeira metade do século, embora eles sejam habitualmente considerados como representantes de duas visões antitéticas do direito e da política, Hans Kelsen e Carl Schmitt. Para o positivismo jurídico, os supostos direitos naturais não são mais do que direitos públicos subjetivos, “direitos reflexos” do poder do Estado, que não constituem um limite ao poder do Estado, anterior ao nascimento do próprio Estado, mas são uma consequência – pelo menos na conhecida e célebre doutrina de Jellinek – da limitação que o Estado impõe a si mesmo.* (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 116).

³ *Embora profundamente influenciado pela doutrina jusnaturalista em seus primórdios, o constitucionalismo representa, de certo modo, a sua superação. De fato, ao longo do século XIX e até a metade do século XX, o jusnaturalismo sofre um processo de arrefecimento e cede espaço ao positivismo jurídico, cuja ideia central é a de que não há outro direito senão o formalmente editado pela autoridade estatal* (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. – 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 56)

⁴ Segundo Norberto Bobbio, “[...]a filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partiria da hipótese de um estado da natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas.[...]” (BOBBIO, op. cit., p. 68).

A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), então impregnadas de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.⁵

De fato, as revoluções liberais foram fortemente impulsionadas pelo jusnaturalismo, tendo em vista a necessidade de limitação do poder Estatal. Perceba-se que, na medida em que os Estados absolutistas eram altamente intervencionistas e não respeitavam os direitos básicos dos povos, as referidas revoluções foram marcadas por uma alta repugnância à ingerência estatal na sociedade. É dizer, nesse momento, diante da submersão do povo na ideologia liberal, somente interessava a persecução do reconhecimento de direitos inatos que representassem proteção em face do Estado.

Com a incorporação dos direitos naturais ao ordenamento jurídico dos Estados liberais, o jusnaturalismo conhecia, então, o seu apogeu. Ao mesmo tempo, todavia, era instituída a sua decadência, eis que, no âmbito da ideologia instalada, teria sido cumprida a sua missão. Sobre o assunto, imprescindíveis os prelecionamentos de Luís Roberto Barroso:

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.⁶

Surge, então, o positivismo jurídico, corrente filosófica que, no afã do reconhecimento de cientificidade, impregnou o Direito de características próprias das

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20/21.

⁶ Ibid., p. 22/23.

ciências exatas e naturais, aportando-se um método descritivo da realidade⁷. O Direito passou a ser visto de forma objetiva, não se admitindo mais considerações axiológicas, eis que conceitos relacionados à moral, à legitimidade e à justiça, quando inseridos no âmbito do Direito, inviabilizariam a certeza jurídica pretendida pelo positivismo jurídico.

O positivismo jurídico, em busca de racionalidade, resumia o Direito às disposições normativas previstas, expressamente, no ordenamento jurídico⁸, buscando uma suposta neutralidade do aplicador do direito, sob o pálio de um processo silogístico de subsunção dos fatos às normas.

Defendia-se uma visão estritamente formalista do Direito, a ponto de não se admitir questionamentos sobre o conteúdo das normas. É dizer, uma vez obedecido o procedimento formalmente estabelecido para incorporação da norma no ordenamento jurídica, não caberia nenhum tipo de objeção quanto ao seu conteúdo, devendo ser aplicada incondicionalmente pelas autoridades públicas, inclusive pelos juízes. Nesse sentido, vale a menção às palavras de George Marmelstein sobre o positivismo jurídico:

*De acordo com essa ideia, o direito positivo tem uma validade (força obrigatória) e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo. Assim, não caberia ao juristas formular qualquer juízo de valor acerca do direito. [...]*⁹

O próprio Hans Kelsen, um dos representantes do positivismo jurídico, com a sua teoria pura do direito (normativismo) chegou a afirmar que “todo e qualquer

⁷ O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízo de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

O positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen. [...] (Ibid., p. 24).

⁸ A teoria jurídica, ao longo do século XIX, realizara movimentos em direção à secularização, à positivação e à sistematização do direito. Ao final desse processo, a sua vertente hegemônica passou a conceber o Direito separadamente da Moral. O positivismo de Kelsen é a expressão máxima dessa concepção. Nessa perspectiva, não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo particular de cada ordenamento, no sentido de verificar sua compatibilidade com as normas morais. A justiça ou injustiça das normas jurídicas ou do próprio ordenamento não seria tema afeto à Ciência do Direito. [...] (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: **teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 200)

⁹ MARMELESTEIN. George. **Curso de direito fundamentais**. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 11.

conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.”¹⁰ . Em face disso, é possível afirmar, com George Marmelstein, que no positivismo jurídico “[a] mesma tinta utilizada para escrever uma Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever as leis do nazismo. O papel aceita tudo, como bem disse Luís Roberto Barroso. Logo, o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos.”¹¹

Acontece que o Direito não pode resumir a sua epistemologia ao conjunto de normas positivadas, em determinado ordenamento jurídico. A objetividade e a neutralidade, próprias das ciências exatas e naturais, almejadas pelo positivismo jurídico, não se mostraram adequadas, haja vista o papel conformador e transformador do Direito sobre a realidade, exigindo do seu aplicador uma postura ativa perante as normas jurídicas, que são forjadas sob a batuta de aspectos axiológicos preestabelecidos nas constituições.

Nesse contexto, a decadência do positivismo jurídico está atrelada à derrocada do fascismo e do nazismo, movimentos que, valendo-se do ideário extraído da referida corrente filosófica¹², cometeram atrocidades contra a humanidade, sob a proteção de enunciados normativos¹³, como se, parafraseando Luís Roberto Barroso, o ordenamento jurídico fosse uma embalagem para qualquer produto¹⁴. De fato, sob o dogma da legalidade, “o positivismo legalista trouxe

¹⁰ KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: 1987. p. 211.

¹¹ MARMELESTEIN, op. cit., p. 11.

¹² [...] *Chegando ao poder, os nazistas utilizaram o Direito como instrumento para a imposição de políticas repressivas e discriminatórias. A Ciência do Direito que simplesmente descrevesse esse ordenamento jurídico, deixando de se pronunciar sobre a extrema injustiça de seu conteúdo, podia ser condenada como omissa, quando a afirmação política do Estado de Direito era demandada em todos os níveis, mesmo no da teoria do Direito. Diante do mal absoluto, a pretensa neutralidade científica era totalmente incapaz de se justificar. Perante a dramática irracionalidade do Direito e do Estado, se tornava completamente inadequada a concepção segundo a qual apenas a análise objetiva do fenômeno jurídico poderia ser validada como racional.* (SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 200/201).

¹³ *A distinção que há entre enunciado normativo e norma não é nova e tem sido sublinhada recentemente pela doutrina. De forma geral, o enunciado normativo corresponde ao conjunto de frases, isto é, aos signos lingüísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional. A norma, diversamente, corresponde ao conjunto específico que estará dando solução a um caso concreto. De forma geral, a norma encontra seu fundamento principal em um ou mais de um enunciado normativo, ainda que seja perfeitamente possível haver normas extraídas do sistema como um todo, e não de qualquer enunciado normativo em particular.* [...] (BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63).

¹⁴ *Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do*

enorme perplexidade à época do pós-guerras, e uma humanidade atônita viu a legalidade ser manipulada para servir de fundamento de legitimação às ditaduras nazistas e a políticas públicas que institucionalizaram o terror em sua mais alta medida. A legalidade foi incapaz de conter a violência sem limites contra um grupamento humano”¹⁵ ¹⁶

É que a proteção, decantada pelo positivismo jurídico, contra os arbítrios derivados do absolutismo fez com que emergissem, por outro lado, abusos decorrentes das próprias leis positivadas, pois, sob a justificativa de serem produtos de um contrato social, eram marcadas pela rigidez e descontextualização tanto na sua elaboração quanto na sua interpretação, eis que desprovidas de qualquer tipo de consideração axiológica. As leis eram postas em pedestais e vistas como a personificação da razão, possibilitando, assim, a perpetuação da concentração e do abuso do poder.

Com a superação do jusnaturalismo e do positivismo jurídico¹⁷, e a influência da teoria crítica do direito¹⁸, o Direito passa a ser visto de forma menos dogmática,

quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (BARROSO, op. cit., p. 26).

¹⁵ JORGE NETO. Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais.** ed. Jus Podivm. Salvador: 2009. p. 61.

¹⁶ *Confisco de bens, esterilização, tortura, experimentos médicos com seres humanos, pena de morte, deportação, banimento: tudo isso era praticado de forma regular pelos membros do Terceiro Reich, sob o comando de Hitler, como se fosse algo perfeitamente normal. [...]Havia, no caso, todo um aparato estatal, funcionando de forma burocratizada, estruturado para cometer as maiores atrocidades em nome do Estado.*

E o pior é que, de certa forma, tudo isso estava protegido pelo regime legal vigente na Alemanha naquele período negro da história.

Em 1933, Hitler assumiu o poder através de sufrágio onde obteve a maioria dos votos dos eleitores alemães. Naquele mesmo ano, foi aprovado o chamado “Ato de Habilitação” (Ermächtigungsgesetz), conferindo ao gabinete de Hitler o poder de editar normas capazes de alterar até mesmo a Constituição. Foi esse ato, formalmente válido, que deu suporte jurídico para as barbaridades cometidas contra judeus.[...] (MARMELSTEIN, op. cit., p. 5/6).

¹⁷ Uadi Lammêgo Bulos, abordando uma das concepções do neoconstitucionalismo, aponta para uma posição que defende a confluência entre o positivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico, o que faz com que “[...]a díade positivismo versus jusnaturalismo ainda participe dos colóquios entre especialistas, embora a contraposição venha diluindo, ao longo do tempo, por força de debates mais flexíveis e, ao mesmo tempo, complexos, mas sem aquele sentido apaixonado de outrora, que procurava contrapor uma corrente à outra.” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84).

¹⁸ *Sob a designação de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude.[...]*

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder.[...]

permeável aos aspectos axiológicos que lhe dão sustentação, tais quais a justiça, a legitimidade e a moral. O Direito passa ser compreendido, desse modo, como objeto cultural, reconhecendo-se a sua incompatibilidade com a neutralidade e o método empírico-indutivo próprios das ciências naturais e exatas. Discorrendo sobre o tema, merece transcrição o ensinamento de insignes doutrinadores:

Fenômenos culturais ou realidades significativas, as chamadas coisas do espírito – entre as quais se encontram o direito –, enquanto objetos de conhecimento diferem radicalmente dos fenômenos físicos, porque em relação a estes as verdades obtidas resultam, necessariamente, do estudo da realidade por um método empírico-indutivo, tendo a explicação como ato gnosiológico.

Realidades puramente naturais, esses objetos são neutros ao valor e o seu conhecimento se constitui e se conclui quando, operando-se um corte a qualquer altura do processo explicativo, são eles referidos a algo que lhes é externo, à sua causa, próxima ou remota.

[...]

No mundo ético, diversamente, o descumprimento das normas não constituirá “disposição em contrário”, pois enquanto as leis físicas, como sínteses de uma dada experiência, exprimem só o que é, aquilo que efetivamente acontece, as leis morais não recebem as suas verdades das condutas que intentam regular, porque não expressam o que é, mas apenas o que deve ser. Nos domínios da ética, em geral, e do direito, em particular, pelo menos em linha de princípio, a eficácia não é condição de validade.¹⁹

Surge, então, o pós-positivismo jurídico²⁰ que, conforme explicita George Marmelstein, “poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que o seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana.”²¹

Com o pós-positivismo, há uma reaproximação entre o Direito e a Ética, mas não na profundidade defendida no jusnaturalismo, em que, muitas vezes, prevaleciam os “fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positividade, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de auto-suficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito).[...] (BARROSO, op. cit., p. 14).

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2007, p. 46/47.

²⁰ Uadi Lammêgo Bulos, citando Elival da Silva Ramos, profere crítica sobre a nomenclatura “pós-positivismo”, tendo em vista que, segundo ele, as mudanças ocorridas no âmbito das filosofias jurídicas não teria ensejado um rompimento com o positivismo jurídico, mas tão somente “[...]um positivismo renovado (em geral, com a incorporação da viragem hermenêutica ocorrida em meados do século passado). (BULOS, op. cit., p. 89).

²¹ MARMELSTEIN, op. cit., p. 11.

subjetiva”²². O Direito, nesta nova fase, mantém-se indene às fundamentações de ordem metafísica e, por outro lado, passa a ser aberto aos valores éticos e morais, conformando-se em um sistema poroso, onde não se despreza a axiologia, mas também não a toma como fundamento²³. Esclarecedores, nesse sentido, são os ensinamentos de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

*O pós-positivismo se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para a busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal. [...]*²⁴

Assim, mesmo diante da fragmentariedade da pós-modernidade, o pós-positivismo resgata o papel conformador e transformador do Direito sobre a realidade²⁵. Para isso, estabeleceram-se princípios explícitos e implícitos, com força normativa, na Constituição. Noutro turno, a segurança jurídica apregoada pelo positivismo jurídico não é desprezada, na medida em que as regras são contempladas, posto que necessitem de prévia filtragem constitucional.

Nessa medida, com o pós-positivismo, conforme assevera Paulo Bonavides, os princípios passam a ter uma proeminência axiológica, a ponto de serem considerados o “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”²⁶.

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, bem como por exigir que a norma

²² BARROSO, op. cit., p. 28.

²³ Para os pós-positivistas, o positivismo jurídico clássico não passa de “uma inércia mental”, de “um puro e simples resíduo histórico” (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 33 e 41).

Isto porque o conhecimento jurídico não mais se reduz a proclamar a necessidade de se defenderem direitos, em nome do ideal de justiça. Na atualidade, as pretensões formalistas e estatelistas, que vinculavam, de modo estreito, Estado, Direito e lei, cederam lugar a conteúdos axiológicos, os quais recheiam as normas jurídicas de valores e elementos de natureza moral.

Logo, o intérprete deve recorrer a fundamentos de ordem moral quando for delimitar o significado das normas jurídicas, pois só assim poderá definir o seu verdadeiro alcance e conteúdo.

É nesse contexto que surgem as teorias pós-positivistas, como as de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustav Zagrebelsky, que buscam, cada qual a seu estilo, relativizar a separação entre Direito e moral, admitindo critérios materiais de validade das normas jurídicas. (BULOS, op. cit., p. 82).

²⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 201.

²⁵ JORGE NETO, op. cit., p. 64.

²⁶ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 24. Ed. Malheiros. São Paulo: 2009. p. 264.

jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade. [...]

*Essa nova concepção, ao contrário do que possa parecer, não abre mão do normativismo. A norma continua sendo o principal objeto de estudo do jurista. No entanto, a norma, para o operador do direito, deixa de ser “neutra”, passando a conter uma forte ideologia, de modo que princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica. [...]*²⁷

Com efeito, o pós-positivismo está imbricado com o desenvolvimento da teoria dos princípios, especialmente tratada por Dworkin e Alexy, cuja normatividade é, no dizer de Paulo Bonavides, o “coração das Constituições”²⁸.

É importante asseverar, nesse ponto, que, em regra geral, as vertentes axiológicas de determinada sociedade, dentre elas a justiça, são otimizadas pela consagração de princípios; por outro lado, a segurança e certeza jurídicas são prestigiadas pela inserção de regras no ordenamento jurídico²⁹.

Verifica-se, então, que o pós-positivismo congrega idéias tanto do jusnaturalismo, quanto do positivismo jurídico, visando a uma nova conformação do Direito. É dizer, valores, outrora repudiados por uma visão formalista e estatalista, formada a partir de uma suposta pureza teórica do Direito, são inseridos no

²⁷ MARMELSTEIN, op. cit., p. 12.

²⁸ *É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.*

[...]

[O] pensamento de Dworkin sobre acerca dos princípios, cuja normatividade foi, conforme temos reiteradamente assinalado, dos primeiros em admiti-la com toda a consistência e solidez conceitual, posto que com as insuficiências e imperfeições restritivas corrigidas por Alexy, ao fazer o necessário e indeclinável enriquecimento dos conteúdos materiais dos princípios, cujo raio de abrangência ele alargou, com maior rigor científico. A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições. (BONAVIDES, op. cit., p. 265 – 281).

²⁹ *Princípios e regras desempenham cada qual um papel diferenciado, porém de maior importância para manter esse equilíbrio. Com efeito, é possível identificar uma relação, no âmbito do sistema romano-germânico ocidental, entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à idéia de justiça ou, ao menos, são instrumentos mais capazes de produzir justiça no caso concreto. (BARCELLOS, op. cit., p. 79).*

ordenamento jurídico com força normativa³⁰, estatuidando-se, a um só tempo, um sistema dinâmico e estático, proporcionando um ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça. Nessa linha de argumentação, reporta-se ao seguinte prelecionamento:

Os sistemas jurídicos constitucionalizados são simultaneamente dinâmicos e estáticos — utilizando a linguagem kelseniana —, na medida em que comportam critérios formais e materiais de identificação do conteúdo do Direito, isto é, a validade das normas não depende apenas de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição (ou seja, de questões de pedigree, como sustenta Dworkin), mas também da correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que conforma todo o ordenamento jurídico. Por exemplo, a ninguém soa estranho que o princípio ou valor da dignidade humana seja uma condição substancial de validade de todas as normas do sistema jurídico. Assim sendo, as teorias pós-positivistas — como as de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky — que relativizam a separação entre Direito e moral, admitindo critérios materiais de validade das normas, estão melhor adaptadas para descrever o sistema jurídico dos Estados constitucionais.³¹

Deveras, o pós-positivismo impregna o ordenamento jurídico de flexibilidade, sem perder de vista, todavia, a robustez inerente à positivação do Direito. Essa flexibilização do ordenamento jurídico proporciona a oxigenação e a adaptação do Direito às infinitas demandas da sociedade, decorrentes da vida contemporânea, sem a necessidade de uma constante alteração da teia normativa. E isso se torna viável com a incorporação de força normativa aos princípios e a inserção, nas legislações infraconstitucionais, de cláusulas abertas (princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) que permitem, a um só tempo, a absorção das disposições constitucionais e o diálogo de fontes, garantindo atualidade e, por conseguinte, justiça na resolução de questões jurídicas³².

³⁰ O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro. (BARROSO, op. cit., p. 47).

³¹ VALE, André Rufino do. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 72/73.

³² [...]A diáspora legislativa causada pela complexidade e velocidade do mundo moderno necessita deste amparo para mais bem direcionar não só o aplicador como também os legisladores do direito na atuação cotidiana. A importância da normatização dos princípios e cláusulas gerais está justamente na flexibilidade, na “mitezza” como diria Zagrebelsky, que permite a rápida adaptação do direito às múltiplas realidades sociais sem a necessidade de ruptura dos tecidos jurídicos. Ao contrário do que pode parecer, o direito positivo fica mais robusto com estas normas de tecitura aberta, incentivadoras de modelos de previsibilidade jurídica, do que com os rígidos Códigos-regra, das soluções prêt-à-porter que não se importavam em servir ou não para resolver com justiça a

2. O Pós-Positivismo jurídico e o Neoconstitucionalismo

Os fenômenos que simbolizaram as transformações ocorridas no direito constitucional, conformando e caracterizando o direito constitucional contemporâneo, normalmente são designados pela doutrina de neoconstitucionalismo.

Para Luis Roberto Barroso, seria possível extrair do neoconstitucionalismo referências de ordem histórica, filosófica e teórica aos fenômenos que simbolizaram as transformações ocorridas no âmbito do direito constitucional. O renomado jurista aponta, como marco histórico, o surgimento dos tribunais constitucionais; como marco filosófico, o pós-positivismo; e como marco teórico: i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, ii) a expansão da jurisdição constitucional e iii) a nova interpretação constitucional.³³

Sob este *prima*, o surgimento dos tribunais constitucionais teria provocado relevante impacto na nova conformação do constitucionalismo, pois, na medida em que passaram a desempenhar a função de intérpretes da constituição, consagrou-se a o afastamento de uma visão estritamente política da constituição. Esse fato simbolizaria também o desfecho do célebre embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, consubstanciado no dissenso a respeito de quem competiria proferir a última palavra da constituição. Enquanto Kelsen defendia que essa função caberia a tribunais constitucionais, Schmitt sustentava que o intérprete legítimo da constituição seria o líder político da nação. Com a criação dos tribunais constitucionais, prevaleceu a posição defendida por Hans Kelsen³⁴.

questão colocada ao intérprete. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 70/71).

³³ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007.

³⁴ *Segundo Carl Schmitt, o controle de constitucionalidade exige sempre uma feição política, e não jurisdicional, eis que importa em uma avaliação necessariamente discricionária do conteúdo das leis. [...] Segundo sua conhecida formulação, a expansão desenfreada da jurisdição constitucional tem como consequência não a juridicização da política, mas a indesejável politização da Justiça. E lembrando a frase de Guizot acerca da justiça política [...], afirma que a política não tem nada a ganhar e a Justiça tudo a perder.*
[...]

Segundo aponta os seus defensores, o neoconstitucionalismo, imbuído de um processo redemocratizador, ganharia força após a segunda guerra mundial e teria como referências históricas a Constituição alemã, de 1949, com a instalação do respectivo Tribunal Constitucional Federal, em 1951; e a Constituição italiana, de 1947, com o posterior estabelecimento, em 1956, da respectiva Corte Constitucional³⁵.

A partir dos delineamentos descritos, percebe-se que o neoconstitucionalismo caracterizar-se-ia por um plexo de fatores que proporcionam uma nova visão do Direito moderno. Teria como base filosófica o pós-positivismo e fundamentos teóricos principais a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional, por meio dos quais consagraria a constitucionalização do Direito³⁶.

Importante ressaltar, nesse ponto, a autonomia do pós-positivismo jurídico em face do neoconstitucionalismo. Com efeito, nada obstante ser corriqueiramente relacionado às correntes neoconstitucionalistas, por ser considerado fundamento filosófico do neoconstitucionalismo, o pós-positivismo jurídico não pode ser com ele confundido, haja vista que nem todo adepto do pós-positivismo é considerado um neoconstitucionalista, conforme explicam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento:

É possível, todavia, esboçar uma distinção entre as teorias do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, atinente à posição sobre o protagonismo judicial na esfera constitucional. Os autores identificados como pilares da teoria neoconstitucionalista, como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, defendem, em geral, esse arranjo institucional que fortalece significativamente o papel do Poder Judiciário no

*Kelsen, em primorosa obra intitulada *Quien debe ser El defensor de La Constitución?*, teve a oportunidade de refutar cada um dos argumentos expendidos por Carl Schmitt, tornando claro que suas teses continham um inconfessável – porém evidente – viés casuístico, que era o de evitar a criação, na República de Weimar, de uma Corte Constitucional nos moldes da Constituição austríaca de 1920. Interessava-lhe mais concentrar o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis nas mãos do Chefe do Reich.*

[...]Kelsen antecipa [...]o papel central que a justiça constitucional haveria de desempenhar no sistema democrático moderno, especialmente na defesa das minorias. (BINENBOJM, op. cit., p. 70/71).

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 3.

³⁶ *O campo do pós-positivismo jurídico não é apenas o Direito Constitucional. Não obstante, na seara constitucional, o pós-positivismo encontrou o solo mais fértil para florescimento, tendo em vista as características das constituições contemporâneas, pródigas na consagração de princípios abstratos dotados de forte conteúdo moral.[...]*

O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que se tem difundido nas últimas décadas vem sendo designado por diversos autores como neoconstitucionalismo.[...] (SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 202).

*Estado contemporâneo. É verdade que esses mesmos autores são também identificados como expoentes do pós-positivismo. Todavia, há também, entre os pós-positivistas, autores muito mais reticentes em relação ao protagonismo judicial, como Jürgen Habermas. Portanto, nem todo defensor do pós-positivismo é também um neoconstitucionalista.*³⁷

De outro lado, cabe ainda pontuar a existência de críticas que põem em xeque o ineditismo metodológico e ideológico do neoconstitucionalismo. De acordo com entendimento crítico, “[n]a realidade, a alcunha *neoconstitucionalismo* agrega um conjunto de posturas teóricas, as quais surgiram lentamente, muito antes do advento do constitucionalismo contemporâneo”³⁸.

De acordo com esse posicionamento, o neoconstitucionalismo nada mais seria do que o constitucionalismo contemporâneo agregado de exageros, com a finalidade de dar um ar inovador a algo que já seria preexistente. Nesse sentido, convém transcrever as palavras de Uadi Iammêgo Bulos:

Não há dúvidas, ao menos de nossa parte, que o neoconstitucionalismo, enquanto categoria teórica existente de per si, encontra-se imerso em enormes fragilidades e inconsistências.

Também é exato que os “neoconstitucionalistas” trabalham com ideias corretíssimas, testadas e aprovadas pela experiência jurídica.

[...]

Acontece, porém, que essas ideias não pertencem ao novo constitucionalismo, porque de “neo” nada têm.

[...]

O que o neoconstitucionalismo tem de novo é a forma de os seus defensores repetirem o que todo mundo já sabe com outras palavras, usando termos criados por eles mesmos e adotando terminologias empoladas ou pensamentos adaptados de jusfilósofos da atualidade. Trazem para a seara constitucional, fragmentos da Filosofia do Direito[...]

Outra novidade do neoconstitucionalismo é a deturpação e o exagero quanto a certos institutos e categorias dogmáticas. Foi o que fizeram com os princípios constitucionais. Supervalorizaram tanto as normas-princípio, que elas passaram a ser mais importantes do que as normas em geral.[...]

Na realidade, o neoconstitucionalismo não passa de uma alcunha que retrata, de maneira espetacular, e até espetaculosa, a mania que o ser humano tem de criar modismos, de inventar terminologias, de ter a ambição de dizer algo “inédito”.

[...]

Só devemos pronunciar a palavra neoconstitucionalismo no sentido de constitucionalismo contemporâneo, nada obstante a postura metodológica daqueles que preferem usar o termo à sombra das transformações teóricas por que vem passado o positivismo jurídico nos últimos tempos.

*O que alguns, com ritual e pompa, chamam de neoconstitucionalismo, como se fosse uma grande novidade, é, apenas, o retrato de um dos períodos de desenvolvimento do constitucionalismo, qual seja, o contemporâneo, que se iniciou no fim do século XVIII, chegando aos nossos dias. E só.*³⁹

³⁷ Ibid., p. 202, nota de rodapé nº 65.

³⁸ BULOS, op. cit., p. 89.

³⁹ Ibid., p. 86/89.

3. O Pós-Positivismo jurídico e o Pós-Modernismo

Diante da não concretização dos principais objetivos perseguidos pela sociedade moderna, consubstanciados especialmente na racionalização dos valores humanos universais ligados à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, sustenta-se o ocaso da Modernidade e a necessidade, diante da “*percepção do fracasso das grandes utopias e [d]a falta de perspectivas em relação ao futuro[...]*”⁴⁰, de uma revisão geral dos conceitos e valores até então aceitos de forma genérica e racional.

Emerge, então, a era designada como pós-modernidade, que tem como movimento filosófico representativo o desconstrutivismo ou pós-modernismo cujo “alvo principal é a crítica de todos os conceitos e valores que, até hoje, sustentaram a Filosofia e o pensamento dito ocidental: razão, saber, sujeito, objeto, História, espaço, tempo, liberdade, necessidade, acaso, Natureza, homem, etc.”⁴¹.

Não existe ainda um conceito bem definido do que seria exatamente o pós-modernismo. Para Nagibe de Melo Jorge Neto, “a pós-modernidade se apresenta como um momento de ruptura e fragmentação, em que, segundo alguns, já não mais há espaço para os ícones da modernidade”⁴². Seguindo esta linha, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, após também alertarem para a incerteza em torno do conceito de pós-modernismo, define-o da seguinte forma:

[...]pode-se afirmar que o pós-modernismo é desconfiado em relação à razão, na qual vislumbra um instrumento de repressão, e tem a pretensão de desconstruir as principais categorias conceituais da Modernidade, como as ideias de sujeito, de progresso, de verdade e de justiça. Prefere-se o particular ao universal, o micro ao macro, o efêmero ao definitivo, o sentimento à razão. Segundo cultores do pós-modernismo, a Modernidade seria “uma gaiola de ferro de burocratização, centralização e manipulação infinita da psyche pela indústria cultural e pelos regimes disciplinares do poder e conhecimento”, e a Pós-Modernidade representaria o “momento de ruptura”, que “desafia o sistema, suspeita de todo pensamento totalizador e da homogeneidade e abre espaço para o marginal, o diferente, o outro”,

⁴⁰ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 233.

⁴¹ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 54.

⁴² JORGE NETO, op. cit., p. 62.

*sendo assim uma “celebração do fluxo, da dispersão, da pluralidade e do localismo”.*⁴³

Considerando as definições acima citadas, é possível estabelecer uma vinculação entre o pós-modernidade e as teorias procedimentalistas, de acordo com as quais: i) o papel da constituição deve ater-se à regular a estruturação política do Estado, com fundamento no princípio democrático⁴⁴; e ii) a atuação da jurisdição constitucional deve ser pautada pela garantia do procedimento democrático^{45 46}.

Extraem-se, assim, duas correntes de pensamentos procedimentais que podem ser remetidos à pós-modernidade. A primeira, fundada nos pensamentos de Niklas Luhmann e Günther Teybner, resume a legitimidade do Direito a um mero procedimento formal, sendo infenso às influências externas, inclusive as de ordem axiológicas. Essa corrente dá ensejo ao movimento de desconstitucionalização em prol da governabilidade, segundo o qual a constituição teria que se adequar aos setores econômico e político da sociedade, não podendo apresentar-se como obstáculo aos projetos voltados ao desenvolvimento econômico e político da nação⁴⁷.

Em razão disso, diversos doutrinadores enxergam a pós-modernidade exclusivamente sob o viés sustentado por esta primeira corrente, o que gera, muitas vezes, a sua identificação com o Estado neoliberal. Essa é a perspectiva, ao que parece, encampada, por exemplo, por Luis Roberto Barroso, *in verbis*:

⁴³ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 234.

⁴⁴ *No primeiro sentido, as teorias procedimentais sustentam que o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a sua natureza democrática. Isso inclui também a defesa de determinados direitos, que são tidos como pressupostos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão e de associação política. O procedimentalismo defende que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político etc., não devem estar contidas na Constituição, cabendo ao povo em cada momento deliberar sobre esses temas. O principal fundamento desta posição é o princípio democrático, pois se parte da premissa de que a constitucionalização de uma decisão, por importar na supressão do espaço de deliberação das maiorias políticas futuras, deve ser vista com muita cautela.* (Ibid., p. 221).

⁴⁵ [...]Os procedimentalistas defendem um papel mais modesto para a jurisdição constitucional, sustentando que ela deve adotar uma postura de autocontenção, a não ser quando estiver em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia. Nessa hipótese, estaria justificada uma atuação mais agressiva da jurisdição constitucional, que não poderia ser tachada de antidemocrática por se voltar exatamente à garantia da própria democracia.[...] (Ibid., p. 221).

⁴⁶ Gustavo Binenbomj expõe que, no âmbito das teorias procedimentalistas de John Hart Ely e Jürgen Habermas, [...]a atuação da jurisdição constitucional deve cingir-se à defesa da lisura do procedimento democrático, o que, na prática, limita seu âmbito à tutela dos direitos de livre participação política e proteção das minorias. (BINENBOJM, op. cit., p. 54).

⁴⁷ JORGE NETO, op. cit., p. 63.

[...]Entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras.[...]

[...]No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no welfare state. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação.[...]
*O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal).[...]*⁴⁸

Com efeito, caso se vincule o pós-modernismo a essa primeira corrente da teoria procedimentalista, de fato seria possível associá-lo a uma diminuição da ingerência estatal nas sociedades, com a consolidação de um modelo estritamente procedimental, gerando, de conseguinte, a “rejeição às dimensões substantivas e axiológicas da Constituição”⁴⁹, o que levaria a um distanciamento entre o Direito e os valores éticos e morais. Sob esse aspecto, seria coerente afirmar, como o fazem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, que “[n]ão há, portanto, qualquer identidade entre pós-modernismo e pós-positivismo[...]⁵⁰.

De outro lado, é possível associar o pós-modernismo a uma segunda corrente de teoria procedimentalista representada por Jürgen Habermas. De acordo com esse influente filósofo, a legitimação do Direito encontra-se no procedimento democrático que viabilize o exercício dos direitos fundamentais e da soberania popular, entendendo o ordenamento jurídico não como um sistema autopoietico fechado, mas sim como um sistema aberto às considerações axiológicas, por meio da razão comunicativa e da teoria do discurso.

Para Habermas, ao contrário de Dworkin, a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora de convergência preliminar em relação a convicções éticas consuetudinárias, mas sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. Assim, na perspectiva habermasiana, os direitos fundamentais do homem não são produto de uma revelação transcendente (como na doutrina jusnaturalista), nem de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos (como propõe, kantianamente, Dworkin), mas consequência da decisão recíproca dos cidadãos livres e iguais de legitimamente regular as suas vidas por intermédio do direito positivo. O papel de tais direitos básicos é o de assegurar autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes

⁴⁸ BARROSO, op. cit., p. 2/5.

⁴⁹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 235.

⁵⁰ Ibid., p. 235.

*possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, no qual a única forma de coerção seja a do melhor argumento.*⁵¹

Muito embora Habermas, em sentido oposto ao defendido por Dworkin, rechace uma fundamentação moral dos direitos fundamentais, eis que adota uma justificação procedimental por meio de pressupostos comunicativos e discursivos democráticos, a sua teoria procedimentalista é aberta para os discursos de ordem ética e moral⁵² e, conseqüentemente, compatível com pós-positivismo. Assim, sob a perspectiva desta corrente procedimentalista, torna-se possível uma conciliação entre o pós-modernismo e o pós-positivismo jurídico⁵³.

4. O Pós-Positivismo jurídico, a nova hermenêutica jurídica e o papel do Poder Judiciário

O pós-positivismo, na medida em que consagra a força normativa dos princípios e aporta, no sistema jurídico, um número cada vez maior de disposições normativas acolhedoras de cláusulas abertas (princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), acaba por exigir a adoção de nova hermenêutica jurídica.

A adoção dessa nova hermenêutica jurídica impacta de forma mais intensa na Constituição, eis que, sendo ela o “lugar onde quase todos os princípios podem

⁵¹ BINENBOJM, op. cit., p. 107/108.

⁵² *Uma das premissas do pensamento habermasiano é a de que a legitimidade do Direito, nas sociedades plurais contemporâneas, não tem como se fundar em nenhuma concepção material. Para Habermas, o contexto de pluralismo faz com que “a fonte de toda a legitimidade” só possa repousar no processo democrático de produção normativa, o qual deve garantir condições equânimes de inclusão na deliberação pública para todos os cidadãos. O Direito legítimo é apenas aquele em que os cidadãos sejam não apenas os destinatários das normas jurídicas, mas possam enxergar-se também como seus coautores.*

Tais condições para deliberação devem estar garantidas no sistema de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Respeitadas essas condições, a deliberação concreta pode atribuir qualquer conteúdo às decisões políticas, mantendo-se aberta quanto aos resultados.[...] (SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 224).

⁵³ [...] *Segundo Habermas, o direito não é um sistema fechado em si mesmo, mas aberto para os discursos morais, pela incorporação de um escalonamento hierárquico entre regras e princípios. O sistema jurídico necessita de instâncias de legitimação, papel que é desempenhado pelos direitos fundamentais e pelo princípio da soberania popular. O escalonamento hierárquico entre regras e princípios, a força normativa e o caráter axiológico dos princípios constitucionais, a seu turno, é a grande contribuição do pós-positivismo. Permitiram o resgate do direito como instrumento de transformação social mesmo na fragmentariedade da sociedade pós-moderna. (JORGE NETO, op. cit., p. 64).*

ser encontrados”⁵⁴, a interpretação de suas normas passa a ser de suma importância para a sistematização de todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, a Constituição deixa de ser compreendida como reprodutora de meras divagações políticas e passa a adotar, nos dizeres de Alexy, um modelo axiológico de Constituição como norma⁵⁵, estatuidando-se, por conseguinte, a imperatividade de suas disposições, inclusive dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais.

Assim, com a consagração do caráter vinculativo e obrigatório de normas constitucionais afetas à axiologia, cuja principal característica é a abertura e indeterminação semântica, constatou-se a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação jurídica, tal qual o processo silogístico de subsunção dos fatos às normas.

Põe-se em xeque, assim, o dogma da completude do ordenamento jurídico, especialmente diante dos argumentos desenvolvidos pela escola do direito livre⁵⁶, segundo a qual “o direito constituído está repleto de lacunas, e para preenchê-las é preciso confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, daquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais geram, para além e fora de toda regra pré-constituída”⁵⁷.

⁵⁴ MARMELSTEIN, op. cit., p. 13.

⁵⁵ *Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado “modelo axiológico de Constituição como norma”. De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.* (VALE, op. cit., p. 68/69).

⁵⁶ *No âmbito mais vasto da sociologia, formou-se uma corrente de sociologia jurídica, da qual Ehrlich, já mencionado, é um dos representantes mais autorizados: o programa da sociologia jurídica foi, no início, principalmente o de mostrar que o direito era um fenômeno social, e que portanto, a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como aquele de acreditar na completude do direito codificado. As relações entre a escola do direito livre e sociologia jurídica são bastante estreitas: são duas faces da mesma moeda. Se o direito era um fenômeno social, um produto de sociedade (nas suas múltiplas formas), e não apenas do Estado, o juiz e o jurista deveriam extrair as regras jurídicas adequadas às novas necessidades a partir do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre diversas forças sociais e dos interesses que essas representavam, e não a partir das prescrições mortas e cristalizadas dos códigos. O direito livre, em outras palavras, extraía as consequências não só da lição dos fatos (ou seja, da constatação da inadequação do direito estatal diante do desenvolvimento da sociedade), mas também da nova consciência que o desenvolvimento das ciências sociais ia difundindo sobre a importância das forças sociais latentes no interior da estrutura, só aparentemente de granito, do Estado: lições dos fatos e maturidade científica se ajudavam reciprocamente no combate ao monopólio jurídico do Estado, e, com ele, ao dogma da completude.* (BOBBIO, op. cit., p. 125).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 122.

Como é trivialmente sabido, as diversas vertentes positivistas foram alvo de intensas críticas, provenientes das mais diversas matrizes teóricas. Especialmente no campo da metodologia constitucional, questiona-se que os ideais de completude e coerência sistêmica do ordenamento jurídico soam como uma bela figura de retórica. E porque assim é, toda atividade judicial, sobretudo em matéria constitucional, tem uma dimensão essencialmente criativa, de forma a adaptar o frio relato normativo às circunstâncias específicas da cada caso.⁵⁸

Introjetou-se, então, um novo método de interpretação constitucional, marcado, especialmente, pela criatividade judicial e pela ponderação^{59 60}. Sobre a nova hermenêutica jurídica, vale a pena conferir a descrição precisa feita por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de uma nova hermenêutica jurídica. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – constante em constituições compromissórias, marcadas pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente à normas.⁶¹

Compreendendo-se, como já referido linhas atrás, o Direito como um fenômeno cultural, a criação judicial do Direito afigura-se imprescindível para a própria viabilidade do conhecimento gerado, eis que, diferentemente das ciências exatas e naturais, é impossível a separação total entre sujeito e objeto do

⁵⁸ BINENBOJM, op. cit., p. 61.

⁵⁹ *Em suma, nas palavras de Prieto Sanchís, inspirado em Alexy, pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador.* (VALE, op. cit., p. 68).

⁶⁰ *Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.*

[...]

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas.[...] (BARROSO, op. cit., p. 9/11).

⁶¹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 203/204.

conhecimento, tendo em vista a intensidade da relação estabelecida entre eles⁶². Dessa forma, o chamado ativismo judicial ganha respaldo jurídico, desde que desenvolvido racionalmente, dentro de métodos e princípios da nova hermenêutica jurídica.

Nessa perspectiva, é atribuída ao magistrado a função de artífice da norma jurídica extraída dos signos linguísticos dispostos no enunciado normativo elaborado pelo legislador. É que, no constitucionalismo contemporâneo, a interpretação jurídica desenvolvida pelo magistrado, que é o agente estatal legitimado para dizer o Direito, é essencial para a própria formação das normas jurídicas. Dessa forma, a reinserção de razão prática na metodologia jurídica permite atribuir uma função normativa à elaboração teórica desenvolvida pelo magistrado. Merecem ser trazidas à baila as palavras proferidas por Cláudio Pereira de Souza Neto, sobre o assunto:

[...]Como antes ressaltamos, em tal atividade de reconstrução tem lugar de destaque a elaboração teórica. Contemporaneamente se entende que a teoria do direito não exerce uma função meramente descritiva de uma realidade normativa já dada. Com a reinclusão da razão prática na

⁶² Sobre a autonomia do objeto nas ciências naturais e do espírito, prelecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Noutras palavras, é saindo de sua esfera e trabalhando o objeto que o sujeito constrói o conhecimento e o traduz em linguagem. Nessa perspectiva, portanto, afigura-se equívoco falarmos em passividade do sujeito, como se no processo do conhecimento ele permanecesse contemplativo ou inerte diante do objeto, apenas registrando sinais recebidos de fora de sua consciência.

Afinal de contas, sem a criação do objeto, ainda que apenas enquanto objeto do conhecimento – objeto que não é um ser em si e por si, mas uma entidade puramente lógica, que o sujeito põe diante de si para ser conhecido –, sem a movimentação do sujeito, não ocorre o fenômeno ou o evento a que chamamos conhecimento. Então, também desse ponto de vista, pode-se dizer que o sujeito é senhor do conhecimento.

A despeito de preservar, por essa forma a sua autonomia e atuar com espontaneidade no âmbito da relação cognitiva, impõe salientar que, mesmo assim, desde o início e definitivamente, o sujeito é determinado pelo objeto, pela simples razão de que o conhecimento, sempre e necessariamente, é o conhecimento do objeto, de algo externo e alheio, que está fora do sujeito, que se lhe opõe e que para ele permanece um outro, mesmo depois de ser apreendido pela consciência.

[...]

Dessarte, a autonomia do objeto perante o sujeito cognoscente é um dado a priori ou, como salientado anteriormente, verdadeira condição de possibilidade do evento cognitivo, que se nos apresenta como a apreensão das propriedades do objeto pelo sujeito, uma descrição fenomenológica que é válida tanto para o conhecimento que se obtém entre as ciências naturais quanto para o que se produz no âmbito das chamadas ciências humanas ou ciências do espírito.

[...]

Por isso, também, e diversamente do que ocorre nas ciências naturais, no domínio das ciências do espírito são imprecisos os limites entre sujeito e objeto, apesar da necessidade epistemológica – nunca é demais insistir – de que os dois pólos da relação do conhecimento se mantenham separados e independentes, como condição de possibilidade do evento cognitivo.

Nesse campo – obviamente com algum exagero –, talvez se pudesse dizer que a regra é a indefinição daqueles limites epistemológicos, pela convicção generalizada, embora até certo ponto acrítica, de que sem a participação criadora do sujeito restará comprometida ou pelo menos empobrecida a apreensão do objeto. (MENDES; COELHO; GONET, op. cit., p. 81/83).

*metodologia jurídica, a elaboração teórica exerce também uma função normativa.[...]*⁶³

Desse modo, o legislador passa a ser tão somente o autor formal da norma jurídica, competindo ao juiz o seu aperfeiçoamento, no âmbito material, eis que não deve ater-se a “pensar de novo o que já foi pensado, mas em saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outrem”. Configura-se, assim, um processo de elaboração conjunta do ordenamento jurídico⁶⁴. Vale, nesse sentido, transcrever as ponderações de Luiz Guilherme Marinoni:

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou de, forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.

[...]

*Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.*⁶⁵

A essa altura, cabe abrir um parêntese e ressaltar que, até mesmo o maior representante do positivismo jurídico, Hans Kelsen, ressaltava, por intermédio da sua tese normativista, a existência de influência do intérprete na aplicação do Direito.

Com efeito, o normativismo de Kelsen diferencia-se das demais escolas positivistas especialmente diante da teoria hermenêutica adotada. As escolas positivistas tradicionais encampam a “teoria usual da interpretação”, segundo a qual a aplicação do Direito ocorreria por meio de um ato meramente cognitivo. Todavia, para Kelsen, a interpretação jurídica, a par de abranger uma etapa cognitiva, comporta um ato volitivo, consubstanciado na escolha da melhor interpretação dentre as existentes na moldura da norma⁶⁶, consistindo no tão propalado “volutarismo hermenêutico de Kelsen”.

⁶³ SOUZA NETO, op. cit., p. 315.

⁶⁴ MENDES; COELHO; GONET, op. cit., p. 85/90.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 47/48.

⁶⁶ [O] *Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste*

Aqui se encontra uma distinção fundamental do normativismo kelseniano em relação às demais escolas positivistas: sua crítica ao que Kelsen denomina, genericamente, “teoria usual da interpretação”. Pela sua pertinência ao ponto em estudo, vale conferir o raciocínio textual do autor vienense:

“A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.”⁶⁷

Observa-se, então, que, pelo normativismo de Kelsen, ao menos naqueles casos em que as normas não contenham todos os elementos fáticos das hipóteses concretas a serem objetos da subsunção, o aplicador do Direito possuiria grande margem de discricionariedade para escolher a interpretação a ser dada ao texto normativo. “Em suma, para Kelsen e a Teoria Pura do Direito, a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito. As reflexões de Kelsen acerca de interpretação reforçam enfim, consideravelmente, a importância da função que cabe ao juiz na ordem judicial”⁶⁸.

Por conferir uma margem de atuação excessivamente discricionária, o “voluntarismo hermenêutico de Kelsen” foi objeto de críticas até mesmo por autores pós-positivistas, a exemplo de Dworkin. Nesse sentido, Gustavo Binbenojm, citando Oscar Vilhena Vieira, informa que “Dworkin não aceita, dessa forma, a proposição dos positivistas de que toda norma aberta é, na realidade, um convite para que os juízes exercitem suas próprias escolhas. Ao invés de se buscar controlar a discricionariedade por intermédio da regulamentação e detalhamento minucioso de como devem se comportar os agentes do Estado [...] busca-se densificar o ambiente decisório a partir de princípios”⁶⁹.

quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, op. cit., p. 366).

⁶⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 65/66.

⁶⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 451/452.

⁶⁹ BINENBOJM, op. cit., p. 88/89.

Voltando-se à nova hermenêutica jurídica, torna-se essencial informar que o pós-positivismo jurídico, ao consagrar força normativa aos princípios e, conseqüentemente, à própria Constituição, tendo em vista ser ela a sede ordinariamente legitimada a recepcioná-los, consagrou o que a doutrina denomina de “constitucionalização do direito”. É dizer, a Constituição passa a ser o centro do sistema jurídico em torno do qual gravitam todos os outros ramos do Direito, servindo de fundamento e baliza para todas as situações jurídicas existentes.

Com efeito, a Constituição, a par de integrar, passou a ser o fundamento de validade de todo ordenamento, irradiando suas disposições sobre todos os fatos da vida que tenham relevância para o mundo jurídico. Nessa linha, a própria juridicização dos fatos da vida, bem como a regência normativa dos fatos jurídicos, dependem de prévia “filtragem constitucional” das respectivas normas jurídicas postas no sistema jurídico.

Com isso, o magistrado, ao decidir um caso concreto, não pode mais ater-se a simplesmente extrair da norma jurídica abstrata a norma jurídica concreta. Mostra-se imprescindível, diante da nova hermenêutica jurídica, o processo de “filtragem constitucional” da norma abstrata, exigindo-se do magistrado, assim, a extração de uma “segunda norma jurídica abstrata”, purificada pelos valores constitucionais, a partir da qual, então, será elaborada a norma jurídica individualizada. Perceba-se que, nesse elaborado método hermenêutico, poderão ser utilizadas técnicas de interpretação conforme a Constituição, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de ponderação, dentro da qual se sobreleva a proporcionalidade e a razoabilidade.

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

[...]

Nesse sentido, o julgador cria uma norma jurídica (=norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (=definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

[...]

*Assim, de acordo com a lição de Luiz Guilherme Marinoni, “se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto”.*⁷⁰

Nesse prisma, para a consolidação da força normativa da Constituição e da nova hermenêutica jurídica, avulta de importância a difusão da jurisdição constitucional que teve origem com o desempenho, pelo Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade das leis, que foi inicialmente praticado no âmbito difuso (modelo americano), com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferida pelo *chief justice* John Marshal, no célebre caso *Marbury vs. Madison* e, posteriormente, desenvolvido também no âmbito concentrado (modelo austríaco), modelo este capitaneado especialmente pelas ideias provenientes de Hans Kelsen.

Essa incipiente jurisdição constitucional, marcada fortemente pela postura passiva, na qual ressoava uma atuação meramente defensiva da constituição, expande-se com o pós-positivismo jurídico e o constitucionalismo contemporâneo, passando o Poder Judiciário a exercer uma postura ativa, figurando como verdadeiro garante, guardião da constituição. Neste contexto, o papel do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo está diretamente atrelado à expansão e à consolidação da jurisdição constitucional. Deveras, não faz sentido falar em força normativa e efetividade da Constituição sem a existência de uma jurisdição constitucional.

[N]ão há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta de Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se.

[...]Mais do que meros corretivos liberais do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam, hodiernamente, como condições estruturantes da

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. **Curso de direito processual civil – direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 261/262.

*própria democracia; devem eles, por isso, ficar à margem das disputas políticas, sob a proteção de um órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões.*⁷¹

Ao Poder Judiciário, nessa quadra, compete a promoção dos valores constitucionais, atuando de forma a garantir a efetividade das normas constitucionais, devendo, para isso, utilizar-se dos instrumentos constitucionalmente adequados dispostos no ordenamento jurídico, tais quais a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Aliás, no contexto da Constituição Federal de 1988, esses instrumentos, embora ainda não tenham sido contemplados com toda a sua carga de eficácia, comprovam a própria postura ativa que o Poder Judiciário deve engendrar ao desempenhar a jurisdição constitucional forjada pelo novo constitucionalismo contemporâneo.

Com isso, pode-se asseverar que o papel do Poder Judiciário, no constitucionalismo contemporâneo, deixa de limitar-se a “dizer” o Direito e passa a ser marcado pela sua construção co-participativa, passando, a par disso, a desempenhar a função de garantidor da efetividade das normas constitucionais.

A um só tempo, é importante consignar, conforme delineado por Nagibe de Melo Jorge Neto, que a função do Poder Judiciário de garantir a efetividade das normas constitucionais não pode ser tomada em termos absolutos, de modo a extirpar totalmente a discricionariedade política porventura reconhecida em normas da constituição:

*O Judiciário é o garante do cumprimento das escolhas assumidas pelo poder constituinte originário, não de modo absoluto, voltamos a insistir, não de modo a suprimir a instância política. Mesmo porque as escolhas políticas do poder constituinte originário, embora excluam certos caminhos, deixam ao legislador infraconstitucional uma margem de escolha para o cumprimento dos objetivos constitucionais ainda infinita. De toda sorte, como corolário do princípio democrático, a sociedade tem o direito de sindicat tais escolhas; senão substituí-las, vê-las efetivadas e, quando tais escolhas deixam de ser feitas, quando as políticas públicas simplesmente não são adotadas, é direito da sociedade exigir que, em um prazo razoável de tempo, tais escolhas sejam feitas, e as ações sejam efetivadas.*⁷²

Assim, embora a nova hermenêutica jurídica seja caracterizada pelo maior espaço de participação e atuação do aplicador do Direito, admitindo um papel

⁷¹ BINENBOJM, op. cit., p. 118.

⁷² JORGE NETO, op. cit., p. 71.

criativo do Poder Judiciário, a discricionariedade judicial não pode ser ilimitada⁷³, sob pena de ser taxada de arbitrária e ilegítima. Nesse sentido, para que seja garantida a legitimidade do Poder Judiciário, torna-se essencial a adoção de limites racionais de aplicação e interpretação do Direito, mediante métodos hermenêuticos de autocontenção judicial (*judicial self-restraint*).

O método hermenêutico da ponderação de interesses, por exemplo, é bastante utilizado pela nova hermenêutica jurídica, especialmente diante dos casos difíceis (*hard cases*). “Através do método hermenêutico da ponderação, o intérprete se habilita a aferir, diante de um caso concreto, qual o ‘peso’ específico que, naquela hipótese, deve ter cada um dos princípios aplicáveis. É preciso, portanto, buscar uma otimização na aplicação dos princípios, de forma a permitir a máxima incidência de cada um deles, com prejuízo mínimo dos demais”⁷⁴.

Deste modo, tanto o legislador como o juiz criam o Direito, embora o primeiro disponha de maior margem de conformação que o segundo. A atividade jurisdicional não se reduz, portanto, à mera aplicação de uma vontade preexistente do legislador. É ela constituída, simultaneamente, por uma ato cognitivo (de definição das possibilidades abertas pela moldura da norma) e por um ato volitivo (de escolha de uma dessas possibilidades). [...] Ao fim e ao cabo, a definição do sentido de uma norma pelo órgão jurisdicional é produto de uma ato de vontade, balizado pelos lindes que os métodos de interpretação extraem do enunciado normativo. Trata-se, em última análise, de um “eu quero”, e não de um “eu sei” – como dito por Tercio Sampaio Ferraz Junior – cuja força vinculante advém da competência atribuída ao órgão por outra norma de superior hierarquia.⁷⁵

É nesse contexto de reconhecimento de maior espaço para a aplicação e criação do Direito, conformado, todavia, pela adoção de novos métodos hermenêuticos, que o pós-positivismo jurídico acaba proporcionando uma amplitude cada vez maior de atuação do poder regulamentar, conforme será visto a seguir.

⁷³ [...]o desenvolvimento de uma hermenêutica especificamente constitucional, disposta a conter, em limites racionais, a discricionariedade judicial, também tem contribuído, a seu turno, para conferir maior consistência à atividade dos juízes constitucionais. (BINENBOJM, op. cit., p. 118).

⁷⁴ Ibid., p. 87.

⁷⁵ Ibid., p. 66/67.

CAPÍTULO II

O PODER REGULAMENTAR SOB A PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

1. A deslegalização

Conforme já abordado, em decorrência da consagração do pós-positivismo jurídico, o Direito contemporâneo caracteriza-se pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, tendo por consectário a constitucionalização dos todos os ramos do Direito, entre eles o Direito Administrativo. Confirma-se, nesse sentido, a lição de Gustavo Binbenbojm:

*A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.*⁷⁶

O reconhecimento da centralidade da Lei Maior no ordenamento jurídico demanda a reformulação, entre outros, do paradigma da estrita vinculação do administrador à lei (princípio da legalidade). Com efeito, a sujeição precípua é à Lei Maior e, a partir daí, à lei infraconstitucional (princípio da juridicidade). Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

*Supera-se, aqui, a idéia restritiva de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuta-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.*⁷⁷

É possível, inclusive, afirmar que esse entendimento foi expressamente reconhecido pelo legislador ordinário, no art. 2º, parágrafo único, I, da Lei nº

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 69.

⁷⁷ BARROSO, op. cit., p. 7/45.

9.784/99⁷⁸, onde se previu a atuação da Administração Pública conforme a lei e o Direito⁷⁹.

De reconhecer-se, assim, conforme apregoa a doutrina administrativista de vanguarda, a ocorrência de uma mutação do clássico princípio da legalidade⁸⁰ para o denominado princípio da juridicidade, onde as ações administrativas não devem ater-se somente às leis, devendo abarcar, além delas, todo o “bloco de legalidade”, ou seja, todas as normas jurídicas (regras e princípios) presentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido, transcrevem-se os prelecionamentos de Gustavo Binbenbojm e Raquel Melo Urbano Carvalho, respectivamente:

Contudo, pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do neoconstitucionalismo, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita vinculação positiva à lei. Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional. A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, § 3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (sind an Gesetze und Recht gebunden). Tal idéia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do

⁷⁸ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

⁷⁹ ADMINISTRATIVO. ENSINO. HISTÓRICO ESCOLAR. PROVA SUFICIENTE, AINDA QUE PROVISÓRIA, DE CONCLUSÃO DO 2º GRAU PARA EFEITO DE MATRÍCULA EM CURSO SUPERIOR. 1. Constitui exagerado formalismo indeferir matrícula de candidato que comparece à última hora do prazo regularmente desprovido de certificado de conclusão do 2º grau, mesmo que apresente histórico escolar. 2. Vem-se preconizando substituir a designação princípio da legalidade por princípio da juridicidade ou da legitimidade, doutrina que já se projeta na Lei n. 9.784/99, onde está prevista atuação da Administração segundo a lei e o Direito. 3. Além do mais, para matrícula em curso de nível superior não há exigência estritamente legal de apresentação de certificado de conclusão do 2º grau, podendo, ainda que provisoriamente, ser tal conclusão comprovada por meio de histórico escolar. (TRF1, REO 200001000275029, Relator(a) JUIZ PLAUTO RIBEIRO, PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:06/11/2000 PAGINA:20).

⁸⁰ Fala-se na ocorrência de três mutações no princípio da legalidade. A primeira mutação inseriu a noção de legitimidade (princípio da legitimidade); a segunda a idéia de constitucionalidade (princípio da constitucionalidade); e a terceira a noção de juridicidade (princípio da juridicidade). Vide, nesse sentido, CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo. Parte Geral – Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. 2. ed. 2009. p 51/55.

*positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.*⁸¹

Neste novo contexto, ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o direito. O direito passa a abranger, além das leis – regras jurídicas –, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não apenas à lei, mais ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.

[...] É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento.

[...]

*Destarte, atualmente quando se fala que, segundo o princípio da legalidade, o administrador público somente pode agir se a lei expressamente o autoriza, entenda-se lei como toda norma jurídica, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, princípios gerais de direito, regras legais, normas administrativas (decretos, portarias, instruções normativas, etc.).*⁸²

Desse modo, com a inserção da noção de juridicidade⁸³ ao princípio da legalidade, a ideia de vinculação positiva à lei (*positive Bindung*) cuja afirmação representativa, no âmbito do Direito Administrativo, é a de que “a Administração só atua quando previamente autorizada pela lei”, deve ser reformulada para a seguinte afirmativa: “a Administração só atua quando previamente autorizada por norma jurídica”.

Ademais, em razão da própria noção de juridicidade e também da complexidade e do dinamismo das sociedades pós-modernas, onde os fatos

⁸¹ BINENBOJM, op. cit., p. 142

⁸² CARVALHO, op. cit., p. 55.

⁸³ DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA DA JUSTIÇA FEDERAL. AFASTAMENTO TEMPORÁRIO. OBJETIVO DE EXERCER ADVOCACIA PÚBLICA (CARGO EM COMISSÃO DE CHEFE DA PROCURADORIA FISCAL DO ESTADO DO AMAPÁ). INCOMPATIBILIDADE PREVISTA NO ART. 28, IV, E § 1º DO ESTATUTO DA OAB. INAPLICABILIDADE. (...) 4. O princípio da legalidade adquire, atualmente, compreensão mais ampla, para significar princípio da constitucionalidade (Juarez Freitas), princípio da legitimidade (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou princípio da juridicidade (Eduardo Soto Kloss), de modo a fazer prevalecer o fim do Direito (a justiça) sobre a literalidade da lei. (TRF1, AMS 200001000827437, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO EZEQUIEL, QUINTA TURMA, DJ DATA:12/07/2002 PAGINA:147).

ADMINISTRATIVO. REVISÃO JUDICIAL DE ACÓRDÃO DO TCU. POSSIBILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ALCANCE DA EXPRESSÃO “SINGULARIDADE DO SERVIÇO”. JURIDICIDADE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA, IN CASU. PRINCÍPIO DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO. (...) 4) O deslinde que se impõe vai ao encontro das melhores tendências de um Direito Administrativo filtrado pela ótica do princípio da juridicidade, o qual representa a substituição da estrita legalidade administrativa pela juridicidade, ampliando os espaços destinados a um agir administrativo racional e ponderativo. 5) Dou provimento ao recurso do Autor, nego provimento ao recurso da União e nego provimento à remessa ex officio. (TRF2, AC 200551010089131, Relator(a) Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::17/02/2009 - Página::132/133).

jurídicos são os mais variados possíveis, tem-se sustentado a impossibilidade de adoção de um princípio de tipicidade rígida, onde as ações administrativas deveriam estar detalhadamente disciplinadas em atos normativos⁸⁴. De fato, o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos (explícitos e implícitos), cuja plurivocidade é patente, e a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, inclusive por regras legais, mostram a inconsistência e, até mesmo, a inviabilidade de se exigir um delineamento específico dos todos os atos ou atividades administrativas. Vejam-se, nessa linha, os posicionamentos de Lucas Rocha Furtado e Raquel Melo Urbano de Carvalho:

[...]Se existe órgão ou entidade administrativa dotado de competência genérica para desenvolver atividades administrativas, não é necessário que seja aprovada lei que trate especificamente de cada ato ou atividade a ser desenvolvida por essas unidades, salvo se esse ato ou essa atividade administrativa impuser ao particular a obrigação de fazer ou de deixar de fazer algo.

[...]Exigir que cada programa de governo, que cada ato praticado ou atividade desenvolvida tenham sido detalhadamente disciplinados por meio de lei se trata de equívoco acerca da interpretação do princípio da legalidade.

*Essa visão extremamente restritiva pode ser justificada em períodos de exceção democrática, em que o Poder Executivo carece de legitimidade. Essa é, todavia, destoante da realidade dos dias atuais, em que o Executivo está legitimado pelo voto popular e que dele se espera maior agilidade para atender as novas necessidades da população.*⁸⁵

Cumprir frisar, ainda, que o fato de se exigir que o administrador somente aja quando previamente autorizado por norma jurídica não significa que valha, no âmbito do Direito Administrativo, o princípio da tipicidade rígida. Não é necessário que cada conduta do Poder Público seja precedida de uma regra legal que minuciosamente tenha descrito os aspectos do comportamento administrativo.

Em inúmeras circunstâncias, até mesmo as regras legais que regulamentam de modo específico dada situação são compostas por conceitos jurídicos indeterminados, com previsão de cláusulas gerais, que descrevem, abstratamente, as condutas administrativas. Embora seja necessário um mínimo de determinação capaz de viabilizar a aplicação da norma, considera-se atendida a legalidade administrativa em se tratando de uma previsão definidora dos limites da atuação do agente público. Inadmissível exigir uma normatização permissiva ou proibitiva que se esgote em um

⁸⁴ Para Alexandre Santos de Aragão, “a Administração, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei (aqui entendida de forma larga, como ordenamento jurídico) esteie. A lei não precisa preordenar exaustivamente toda a ação administrativa, bastando para ela fixar os parâmetros básicos que a Administração Pública deve observar ao exercer os poderes por ela conferidos. E, em casos bem extremos, não pode ser descartada a possibilidade de a Administração Pública atuar, inclusive restringindo direitos e criando obrigações, direta e exclusivamente por força da necessidade de preservar valores e princípios constitucionais”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 62).

⁸⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 95/96.

*literalismo simplório e, em última instância, inviável, mesmo porque valores sociais complexos integram, em inúmeros casos, o processo de aplicação das normas em questão.*⁸⁶

Assim, em face do princípio da juridicidade, as ações administrativas podem e devem ser pautadas e extraídas de princípios jurídicos e não precisam estar minuciosamente descritas em regras legais.

Neste contexto, não se mostra exagerado asseverar que a lei vem perdendo a sua preponderância como fonte normativa do Direito, em razão do próprio reconhecimento da força normativa da Constituição e, especialmente, diante da necessidade cada vez maior de detalhamentos técnicos e específicos impossíveis de serem previstos em sua inteireza pelo Poder Legislativo, haja vista a complexidade e o dinamismo presentes nas sociedades. Nessa nova realidade, as leis passam a funcionar como parâmetros definidores dos valores e finalidades a serem atingidas, conforme preleciona Alexandre Santos de Aragão:

*Nos dias de hoje assiste-se [...]a certo declínio da propalada preponderância da fonte legislativa do Direito Administrativo, ou, ao menos, a uma revisão do seu papel: em face de uma realidade bastante dinâmica e rica em detalhes técnicos, muitas das leis de Direito Administrativo deixam de ter a pretensão de disciplinar tudo, em detalhes; seu novo papel é o de fornecer critérios e parâmetros gerais para uma atuação administrativa eficiente e controlável. Por outro lado, emergiu a própria Constituição – e não mais a lei – como principal critério legitimador e controlador da atuação administrativa.*⁸⁷

Torna-se, assim, bastante comum a incorporação às leis de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, caracterizando “o que a doutrina denomina ‘leis-quadro’ ou ‘leis-moldura’, isto é, incorporam menções a princípios, finalidades e valores, sem esgotar, por si mesmas, o detalhamento do tema de que tratam”⁸⁸.

Diante disso, é que se fala no fenômeno da “deslegalização”, que nada mais é do que a transferência, mediante a definição de parâmetros ou princípios que servirão como paradigmas de controle, de parcela da produção normativa do Poder Legislativo para órgãos ou entidades administrativas, de modo a permitir o detalhamento técnico adequado para o disciplinamento da grande multiplicidade de fatos presentes no seio da sociedade.

⁸⁶ CARVALHO, op. cit., p. 59

⁸⁷ ARAGÃO, op. cit., p. 32.

⁸⁸ ARAGÃO, loc. cit.

Perceba-se que, conforme afirma Raquel Melo Urbano de Carvalho, “[n]ão se trata de o legislador renunciar ao poder de legislar do qual é proibido demitir-se. Rende-se apenas a um dos limites condicionantes de existência do próprio poder normativo, qual seja, precisar de normas administrativas abstratas e gerais que viabilizem a especificação necessária à passagem para a realidade concreta das regras legais ou o estabelecimento da procedimentalização técnica que a enseje”⁸⁹.

Vale ressaltar, assim, que a deslegalização configura-se em uma “delegação legislativa permitida”⁹⁰, eis que estabelecida com base em princípios informadores ou em parâmetros que disponham sobre os limites balizadores da normatização da matéria (*standards*), sendo vedadas, de outro lado, as delegações legislativas amplas e incondicionadas, com caráter nitidamente demissório ou renunciativo.

Cabe mencionar, ainda, que a doutrina diferencia a deslegalização com fundamento na Constituição daquela decorrente da reserva legal relativa.

A deslegalização com fundamento na Constituição consistiria na autorização pelo próprio Poder Constituinte para o exercício, por órgãos ou entidades estatais diversos do Poder Legislativo, de poder normativo lastreado tão somente na Constituição, com poder inclusive para inovar primariamente a ordem jurídica.

Por sua vez, a deslegalização decorrente da reserva legal relativa seria aquela autorizada pela lei para que os órgãos e entidades administrativas conformem, mediante balizas, os espaços políticos e técnicos transferidos pelo legislador, conforme sustenta Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Nos casos em que não há expressa previsão constitucional, a regra é a de observância do princípio da reserva legal relativa. Este impede que o titular administrativo da competência regulamentar ou reguladora inove primariamente no ordenamento, mas admite que preencha, no exercício da discricionariedade, os espaços políticos e técnicos decorrentes do próprio texto de lei[...]

Não se pode confundir a deslegalização resultante da admissibilidade da reserva legal relativa daquela que legitimaria normatização administrativa primária, sempre dependente de clara e individualizada autorização constitucional.

⁸⁹ CARVALHO, op. cit., p. 330.

⁹⁰ Raquel Melo Urbano Urbano de Carvalho, citando Victor Nunes Leal, esclarece que a deslegalização “não se trata de ‘delegação, no sentido técnico, porque esta pressupõe um ato expresse e intencional da autoridade competente, transferindo a outra certa parcela de sua competência. Referimo-nos ao aspecto prático, ao resultado concreto: se o Congresso pode regular um assunto nos seus mínimos detalhes e não o faz, deixando margem para o regulamento, temos, praticamente, uma situação que se assemelha à delegação, embora sem os requisitos técnicos que esta apresenta’. Trata-se do que o autor denomina ‘delegação legislativa permitida’. (Ibid., p. 330/331).

A primeira, que não exige norma expressa na CR, decorreria do simples fato de as leis não esgotarem todos os aspectos necessários à sua incidência, deixando espaços técnicos para a normatização administrativa.[...]⁹¹

É muito importante atentar para o fato de que, na deslegalização decorrente da reserva legal relativa, há também uma inovação da ordem jurídica, no entanto tal inovação não ocorreria diretamente da Constituição, mas sim em decorrência e nos limites da autorização traçada na lei.

Percebe-se, assim, que na deslegalização propriamente dita, ou seja, aquela realizada pelo legislador ordinário, a transferência da produção normativa que proporciona a inovação do ordenamento jurídico é apenas parcial, admitindo-se, de conseguinte, tão somente que “o Executivo explicita aspectos técnicos próprios da esfera administrativa, mais próxima da realidade administrativa e dos conceitos mutáveis de outras ciências necessários à normatização das condutas”⁹². Ademais, além de parcial, a transferência da produção normativa na deslegalização é limitada e condicionada pelo próprio Poder Legislativo, mantendo-a, assim, sob o seu domínio e controle, o que afasta qualquer alegação de abdicação dos poderes legislativos.

Não há, portanto, conforme esclarece Raquel Melo Urbano de Carvalho citando Alexandre Santos de Aragão, “qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a outra sede normativa a regulação de determinada matéria”⁹³.

Para finalizar o tópico, mostra-se pertinente gizar que, muito embora a deslegalização seja comumente associada à discricionariedade técnica exercida no âmbito do poder regulatório das agências reguladoras, a ela não se restringe. Com efeito, a deslegalização é um fenômeno corrente também no exercício do poder regulamentar⁹⁴.

⁹¹ Ibid., p. 330.

⁹² Ibid., p. 336.

⁹³ CARVALHO, loc. cit.

⁹⁴ *Não só as agências, mas as demais entidades da Administração Indireta, os órgãos públicos e as autoridades administrativas fazem jus à delegação normativa secundária, derivada ou imprópria, procedida a nível legal e não-constitucional, quando o Legislativo opta por regras básicas e essenciais, em vez de adotar uma disciplina exaustiva e completa tecnicamente. Esclarece Robertônio Pessoa que, com esta escolha, o Legislativo remete explícita ou implicitamente à*

Ocorre que, no âmbito do poder regulatório, existe entendimento peculiar no sentido de que a deslegalização seria automática. Com efeito, a doutrina tem sustentado que, a princípio, a simples concessão de poder regulatório às agências reguladoras implicaria, “pelo menos em matéria preponderantemente técnica, em deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário”⁹⁵.

2. A amplitude de atuação do Poder Regulamentar: as diversas espécies de regulamentos existentes

É possível apontar, ao menos, quatro espécies de regulamentos derivados do poder regulamentar: i) o regulamento de mera execução; ii) o regulamento autorizado; iii) o regulamento independente; e iv) o regulamento autônomo.

O **regulamento de mera execução** é a manifestação do poder regulamentar que apenas detalha nuances dos direitos e deveres já estabelecidos na lei, sem, no entanto, promover qualquer tipo de inovação na ordem jurídica. É dizer, no regulamento de mera execução, por já ter a lei previamente definido todos os elementos necessários e suficientes para criação dos direitos e deveres, o poder regulamentar cinge-se ao estabelecimento de especificidades e de particularizações das situações previstas na lei⁹⁶, com o fito de executá-la de acordo com os seus fins e valores.

regulamentação do Executivo. Trata-se de uma opção do legislador. Esta modalidade de delegação normativa, a despeito de ampla margem de discricionariedade de que goza o aplicador da lei, não envolve a transferência de poderes normativos primários (poderes legislativos), constitucionalmente reservados ao Legislativo. (CARVALHO, loc. cit.).

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 424.

⁹⁶ *Os regulamentos, na precisa definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento de lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público”. Editados pelo Poder Executivo, visam tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada. É que as leis devem, segundo a melhor técnica, ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mutações de fato das quais estas mesmas relações resultam. Por isso, as leis não devem descer a detalhes, mas, conforme acima ficou expresso, conter, apenas, regras gerais. Os regulamentos, estes sim, é que serão detalhistas. Bem por isso, leciona Esmein, “são eles prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 421).*

Verifica-se, assim, que, no regulamento de mera execução, a discricionariedade conferida ao Poder Executivo é muito reduzida, eis que deve se ater a estipular disposições normativas facilitadoras ou viabilizadoras da execução dos direitos e deveres conferidos pela lei. Nesse caso, como a lei não deixa margens para que se inove o ordenamento jurídico, qualquer tratamento de elementos configuradores dos próprios direitos e deveres legais estabelecidos caracterizará excesso de poder regulamentar.

É importante alertar, no entanto, que, nada obstante a baixíssima conformação criativa do regulamento de mera execução, ele “sempre possui, em alguma medida, sob pena de ser inútil, algum papel criativo em relação à lei. Do contrário, ele teria que ser sempre uma mera cópia dela”⁹⁷.

O **regulamento autorizado**, por outro lado, caracteriza-se pela possibilidade, conferida na lei, de o Poder Executivo, dentro de certos limites e padrões estabelecidos pelo legislador, disciplinar elementos configuradores de direitos e deveres, promovendo, assim, uma inovação secundária na ordem jurídica⁹⁸. Em razão dessa prévia limitação legal, é comum nominá-lo também de regulamento autorizado *intra legem*.

Assim, ao passo em que a atuação do regulamento de mera execução mostra-se pautada *secundum legem*, o regulamento autorizado atuará *intra legem*, não demandando, conforme explica Alexandre Santos de Aragão citando Norberto Bobbio, “uma regra legal específica, mas apenas uma base legal, ainda que genérica e indeterminada, para a atuação. Não chega, no entanto, a ser uma atuação *extra legem*, que prescinde qualquer base legal (ex.: os particulares, por exemplo, podem agir *extra legem*, mas não *contra legem*), nem *praeter legem*. Trata-se da distinção entre lacunas *praeter legem* (quando as regras expressas são muito particulares e por isso não compreende a todos os casos, a integração

⁹⁷ ARAGÃO, op. cit., p. 38/39.

⁹⁸ Não há negar que, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, a generalidade e o caráter abstrato da lei permitem particularizações gradativas quando não objetivam a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer. Disso resulta, não raras vezes, margem de discricionariedade administrativa a ser exercida na aplicação da lei. Não se há confundir, porém, a discricionariedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar com a delegação disfarçada do poder de legislar. Na discricionariedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou a restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários. Na delegação, ao revés, não se identificam, na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento. Dentro desse raciocínio, há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição.[...] (MENDES; COELHO; GONET, op. cit., p. 868).

consistirá na criação de novas regras ao lado das expressas) e *intra legem* (quando as normas são muito gerais e por isso cabe ao intérprete preencher os vazios deixados; a integração será pela criação de novas regras dentro das regras expressas)”⁹⁹.

Como resta claro, o regulamento autorizado está diretamente relacionado ao fenômeno da deslegalização, especificamente da deslegalização decorrente da reserva legal relativa. Diante disso, ressalvados os casos de reserva absoluta de lei, nos quais não se admitiria a inovação da ordem jurídica pelo poder regulamentar, torna-se essencial para a legitimidade do regulamento autorizado a observância de princípios informadores ou o estabelecimento de parâmetros que disponham sobre os limites balizadores da normatização da matéria (*standards*), tornando-se inadmissíveis as delegações legislativas puras e incondicionadas, com caráter nitidamente demissório ou renunciativo, conforme explicitam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet:

No império da Constituição de 1946, que vedava expressamente a delegação de poderes (art. 36, § 2º), deixou assente o Supremo Tribunal Federal que o princípio da indelegabilidade não excluía “certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou operações de natureza técnica, dos quais dependerá a iniciativa ou aplicação da lei”.

[...]

É que, embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de caráter demissório, o Supremo Tribunal entendia legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os standards, isto é, “os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa”.

Daí observar Carlos Maximiliano que o Supremo Tribunal Federal sempre considerou inadmissíveis leis cujo conteúdo se cingisse ao seguinte enunciado: “O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas”, aceitando, porém, como legítimas, fórmulas que, v.g., enunciassem: “Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásio oficiais; 2)...”.

[...]

Assim, afigura-se razoável entender que o regulamento autorizado intra legem é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, podendo constituir relevante instrumento de realização da política legislativa, tendo em vista considerações de ordem técnica, econômica, administrativa etc.

*Diversamente, a nossa ordem constitucional não se compadece com as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível conteúdo renunciativo. Tais medidas representam inequívoca deserção do compromisso de deliberar politicamente, configurando manifesta fraude ao princípio da reserva legal e à vedação à delegação de poderes.*¹⁰⁰

⁹⁹ ARAGÃO, op. cit., p. 62, nota de rodapé nº 11.

¹⁰⁰ MENDES; COELHO; GONET, op. cit., p. 870/871.

Por sua vez, o **regulamento independente** diferencia-se do regulamento autorizado, em razão da inexistência de uma autorização expressa da lei para a atuação do poder regulamentar. O regulamento independente é caracterizado, assim, pela escassa definição de limites balizadores, que restariam implícitos no sistema jurídico.

*Além dos **regulamentos de execução**, entendidos como aqueles que apenas detalhariam as obrigações já constantes da lei, e dos **regulamentos autônomos**, que podem criar direitos e obrigações sem qualquer lei anterior, mas que no Direito brasileiro só são admissíveis em matéria estritamente organizacional, há quem aponte a existência de outras duas espécies regulamentares: os **regulamentos autorizados** – quando a própria lei autorizar que o regulamento crie direitos e obrigações, sem deles previamente tratar, – e os **regulamentos independentes**, que partiriam de uma base legal ainda mais exígua, em comparação aos regulamentos autorizados, para, também, criar direitos e obrigações. O regulamento autorizado seria uma espécie do gênero regulamento executivo (é um regulamento executivo que executa uma autorização para a sua edição; não, como preferem outros, uma espécie disfarçada de regulamento autônomo); o regulamento independente, muito semelhante, seria um passo além, e viriam de permissivos legais não expressos, desprovidos de referências a qualquer regulamento a ser posteriormente emitido pela Administração Pública.[...] ¹⁰¹*

Deve ser ressaltado que o regulamento independente não promove uma inovação primária na ordem jurídica. A exemplo do regulamento autorizado, ele somente cria direitos e deveres de forma secundária, eis que ainda existente base legal, posto que escassa, conforme visto. É possível, então, sustentar que o regulamento independente está bem próximo de uma atuação *extra legem*, mas não chega a configurar uma atuação *praeter legem*.

Adotando-se essa definição, cabe pontuar que o regulamento independente poderá ser encontrado com maior incidência nas hipóteses de concessão de poder regulatório às agências reguladoras, tendo em vista que, conforme já pontuado, existe posicionamento doutrinário no sentido de que, ao menos quanto à matéria técnica, há uma presunção de deslegalização em favor das referidas agências.

Convém informar que há quem sustente também a possibilidade de que o regulamento independente decorra diretamente de norma constitucionais, sem que se configure, todavia, em regulamento autônomo ¹⁰².

¹⁰¹ ARAGÃO, op. cit., p. 35/36.

¹⁰² “É nessa perspectiva que entendemos que, com a exceção dos regulamentos autônomos de organização (art. 84, VI, CF), no Direito brasileiro são admissíveis apenas regulamentos que tenham base em leis, inclusive, naturalmente, a própria Constituição (a Lei maior). Essa base legal é que

Esclareça-se que, por terem fundamento na lei, variando tão somente quanto à intensidade de sua execução, os regulamentos de mera execução, autorizado e independente também podem ser classificados como “regulamentos de execução”:

[...]Como adverte CARLO SALTELLI, mesmo os regulamentos ditos autorizados ou independentes não têm fundamento distinto daquele dos regulamentos chamados de execução, vez que servem, como os outros regulamentos, à execução de uma lei. Em alguns regulamentos, a maior parte das normas concernentes a uma determinada matéria já se encontra disciplinada na lei, e a matéria permanece regulada principalmente pela lei e subsidiariamente pelo regulamento; em outros casos, ao revés, a parte principal da disciplina da matéria é assumida pelo regulamento, dada a exiguidade da norma legislativa.¹⁰³

Por fim, o **regulamento autônomo**, conforme já se deixou entrever, é a espécie de poder regulamentar que proporciona a atuação normativa de órgãos ou entidades administrativas sem a presença de esteio legal, permitindo-se que se inove primariamente o ordenamento jurídico, com a criação de direitos e deveres.

Está diretamente relacionado à deslegalização com fundamento na Constituição, configurando uma atuação *praeter legem*.

Há um intenso debate doutrinário a respeito dos limites do poder regulamentar. Com efeito, debate-se tanto sobre a amplitude de atuação dos regulamentos de execução (mera execução, autorizado e independente), quanto acerca da própria existência do regulamento autônomo.

Muito embora ainda existam autores de prestígio que defendem tanto a inexistência do regulamento autônomo, quanto a incapacidade de que os regulamentos de execução possam inovar a ordem jurídica, mediante a criação de direitos e deveres¹⁰⁴, percebe-se que a amplitude do poder regulamentar decorre

pode, a critério do Legislador, variar de densidade, podendo ir desde normas legais detalhistas até as que fixam apenas *standards*. Em qualquer caso os regulamentos delas decorrentes serão regulamentos de execução (art. 84, IV, CF); não de uma mera execução apenas repetitiva de ditames superiores, mas de uma execução dos seus objetivos maiores.[...]” (Ibid., p. 38).

¹⁰³ Ibid., p. 37.

¹⁰⁴ Parte da doutrina não admite que os regulamentos sejam “autônomos”, isto é, que criem direitos e imponham obrigações sem qualquer intermediação legal. Para muitos, os regulamentos constitucionalmente admissíveis, no Brasil, seriam, apenas, aqueles ditos “de execução”, ou seja, os que existem imediatamente subordinados à lei. Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, essa subordinação chega a ponto de determinar a incapacidade dos regulamentos para criar direitos ou obrigações (já têm que estar previstos na própria lei), servindo apenas para detalhar-lhe os comandos e conferir-lhe exequibilidade prática; para outros, a subordinação à lei exige apenas uma base na lei, podendo o regulamento criar direitos e obrigações, desde que com parâmetros fixados por lei, que é a nossa opinião[...] (Ibid., p. 34).

das próprias necessidades atuais da vida em sociedade, sendo uma realidade que não pode ser desprezada.

Com efeito, a complexidade e o dinamismo das sociedades contemporâneas, onde os fatos jurídicos são os mais variados possíveis, torna impossível a adoção de um princípio da legalidade de tipicidade cerrada. Com efeito, torna-se cada vez mais comum a inserção de cláusulas abertas (princípios jurídicos, conceitos indeterminados e cláusulas gerais) no ordenamento jurídico. E, como visto, essa abertura do Direito está especialmente atrelada ao pós-positivismo jurídico, que abre maior espaço para uma atuação mais intensa dos aplicadores do Direito e põe em xeque o dogma da completude do ordenamento jurídico.

Neste contexto, o pós-positivismo jurídico proporciona um campo de atuação cada vez maior para o poder regulamentar, mas não sem limites. Nesse contexto, torna-se essencial que os regulamentos de execução, especificamente os regulamentos autorizado e independente, sejam parametrizados por *standards*, critérios e princípios jurídicos, garantindo, assim, a um só tempo, o controle e a legitimação perante a sociedade¹⁰⁵. Nesse sentido, é a posição defendida por Alexandre Santos de Aragão:

*Adotamos a posição pela qual podem existir regulamento com bastante poder decisório, mas desde que existam, sobre eles, standards, critérios e princípios jurídicos com base nos quais o exercício do poder regulamentar possa ser controlado. A inexistência de parâmetros legais impossibilitaria o controle. Numa realidade dinâmica, esperar que todo e qualquer tipo de atuação estatal se faça diretamente por meio de leis em sentido formal é esperar o impossível; por outro lado, leis meramente atributivas de poder regulamentar, excessivamente genéricas, podem não oferecer parâmetros seguros de controle e de orientação ao exercício do poder regulamentar.*¹⁰⁶

Quanto ao regulamento autônomo, que será tratado com maior vagar no próximo tópico, resta explicitamente reconhecida, pela própria Constituição Federal de 1988 (art. 84, VI), a sua existência, ao menos no que tange à matéria de organização da administração pública, muito embora ainda se ponha em dúvida a

¹⁰⁵ Nos modelos constitucionais que vedam ou restringem a delegação de poderes, desenvolvem-se normalmente fórmulas atenuadoras do rigorismo, seja através do exercício ampliado do poder regulamentar, seja por via das chamadas autorizações legislativas. A propósito, assevera Bernard Schwartz que, no direito constitucional americano, mostra-se acentuada a prática da delegação mediante autorização legislativa, exigindo-se, porém, o estabelecimento de limites e padrões (*standards*) atinentes à faculdade a ser exercida. (MENDES; COELHO; GONET, op. cit., p. 869).

¹⁰⁶ ARAGÃO, op. cit., p. 37.

própria capacidade de se inovar a ordem jurídica, mediante o disciplinamento da referida matéria, conforme alertam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet:

Em todas essas situações, a atuação do Poder Executivo não tem força criadora autônoma, nem parece dotada de condições para inovar decisivamente na ordem jurídica, uma vez que se cuida de atividades que, em geral, estão amplamente reguladas na ordem jurídica.¹⁰⁷

3. O Poder Regulamentar autônomo: posicionamento da doutrina e jurisprudência

Com o advento da Constituição Federal de 1988, acirrou-se na doutrina brasileira a discussão sobre a existência, ou não, do regulamento autônomo, tendo em vista que, diferentemente do que previra a Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro 1969¹⁰⁸, não constava mais entre as competências do Presidente da República dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento da administração federal. Com efeito, o art. 84, VI, da Constituição Federal de 1988 previu, em redação originária, a competência do Presidente da República de dispor sobre a “organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”.

Diante disso, e em face de o art. 84, IV, da Constituição Federal, estabelecer que compete ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução, muitos doutrinadores passaram a sustentar e outros continuaram a defender, com maior ênfase, a inexistência do decreto regulamentar autônomo, com base numa interpretação rígida do princípio da legalidade (arts. 5º, II; 37; e 84, IV e V, todos da Constituição Federal de 1988).

Gustavo Binenbojm¹⁰⁹ aponta Diógenes Gasparine, Maria Sylvia Zanella Di Pietra, José Afonso da Silva, Michel Temer, Clèmerson Merlin Clève e Celson Antônio Bandeira de Mello como exemplos de doutrinadores que, com a

¹⁰⁷ MENDES; COELHO; GONET, op. cit., p. 871.

¹⁰⁸ Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

V - dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal;

¹⁰⁹ BINENBOJM, op. cit., p. 156.

promulgação da Constituição Federal de 1988, propugnaram pela não existência do regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando que o primeiro mudou de opinião e o último já tinha este entendimento antes da Constituição Federal de 1988; por outro lado, remete a Hely Lopes Meirelles como representante do posicionamento doutrinário que defendia a existência do poder regulamentar autônomo, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, em matérias que não violassem a precedência e a reserva de lei.

Ocorre que, com a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, abriu-se um novo cenário jurídico sobre o tema do poder regulamentar autônomo, no sistema jurídico brasileiro. É que o art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988¹¹⁰, foi modificado para atribuir ao Presidente da República a competência para dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, desde que não ocorra aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Mesmo diante da modificação proferida pela referida Emenda Constitucional, uma parte dos doutrinadores continua a defender a inexistência do regulamento autônomo no ordenamento jurídico, tendo em vista que os poderes de organização e funcionamento da administração federal, vedados o aumento de despesa e a criação ou extinção de órgãos públicos, seriam muitos restritos, não sendo suficientes para resultar em inovações jurídicas próprias dos decretos autônomos. Nesse sentido, colacionam-se, a título exemplificativo, os prelecionamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, respectivamente:

Advirta-se que vem se disseminando entre algumas pessoas – inclusive entre estudiosos ilustres – o equívoco de imaginar que o art. 84, VI, da Constituição do País introduziu em nosso Direito os chamados “regulamentos independentes” ou “autônomos” encontrados no Direito europeu. Pedimos vênias para expressar que, a nosso ver, este entendimento não é minimamente exato.

[...]

3. O regulamento previsto no art. 84, VI, “a”, da Constituição Brasileira – segundo o qual compete ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de

¹¹⁰ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

órgãos públicos” – confere, como resulta de sua disposição textual, poderes muito circunscritos ao Presidente, ao contrário do que ocorre nos regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu.

[...]

Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.¹¹¹

*Lavra funda divergência na doutrina sobre a possibilidade, ou não, de o Executivo editar os denominados **regulamentos autônomos**, atos destinados a prover sobre situações não contempladas na lei.*

*Uma primeira posição defende sua existência no Direito brasileiro como decorrente dos poderes implícitos da Administração. Outros professam o entendimento de que, conquanto possam teoricamente existir, os regulamentos autônomos não são admitidos no ordenamento jurídico pátrio, e isso porque a Carta vigente, como visto, atribui à Chefia do Executivo o poder de editar atos para a fiel execução das leis, razão por que só teria admitido os **regulamentos de execução**.*

Refletindo sobre o tema, entendemos que esta última posição é a que melhor se compatibiliza com nosso sistema jurídico. Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de sua normas.

*[...] A EC nº 32, de 11/9/2001, porém, modificando o art. 84, VI, da CF, excluiu aquela expressão e retornou ao sistema da Constituição anterior, atribuindo ao Presidente da República competência para dispor, mediante decreto, sobre “**organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos**”. Em conseqüência, os simpatizantes da admissibilidade dos regulamentos autônomos poderão reforçar seu entendimento, invocando o novo texto constitucional.*

*Não obstante, mesmo diante da alteração processada na Constituição, permanecemos fiel ao pensamento que expressamos acima. Aliás, a questão dos decretos e regulamentos autônomos deve ser colocada em termos mais precisos. Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir **primariamente** direitos e obrigações, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas. Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. [...] Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias. Esse aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos. [...]¹¹²*

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: 2009. p. 337/345.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 47/49.

Alguns doutrinadores, por sua vez, também defendem a inexistência do regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, após a Emenda Constitucional nº 32/2011, muito embora não façam referência a ela, o que leva a crer que também comungam do entendimento de que os poderes conferidos pela citada Emenda Constitucional são insuficientes para a configuração do poder regulamentar autônomo, observe-se:

*O direito brasileiro, entretanto, em face do princípio da legalidade estrita erigido a nível constitucional, é particularmente avesso à admissão do regulamento autônomo, primeiro porque o art. 84, IV, da CF, ao mencionar os regulamentos “para fiel execução das leis”, aos autônomos não se refere; depois, porque principalmente após a Constituição Federal de 1988 não há mais fundamento constitucional para esse tipo de Estatuto: o art. 25 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da carta vigente revogou todos os dispositivos legais que atribuíssem, permitissem ou delegassem ao Executivo competência do Congresso Nacional, especialmente no que se refere à ação **normativa**. Mesmo assim, certos autores o admitem, especialmente se a matéria da competência do Executivo ainda não foi disciplinada por lei formal, apesar da contradição etimológica: uma norma “regulamentadora” pressupõe uma norma por ela “regulamentada”.*

Mas é pacífico para toda a doutrina, inclusive para os autores que admitem o regulamento autônomo, que o decreto regulamentar não pode dispor contra legem ou praeter legem (contra ou a mais que a lei regulamentada), pois se dispuser contra a lei é ilegal, se extravasar a lei estará usurpando funções legislativas, por isso é inconstitucional.¹¹³

Tecnicamente, decreto autônomo é espécie do gênero decreto executivo, que dispõe sobre assuntos que ainda não foram disciplinados pelo legislador. Trata-se, pois, de um provimento praeter legem, que visa suprir a omissão legislativa para atender ao interesse público. Em rigor, não há lugar, na normativa constitucional brasileira, para a sua existência, porque o art. 84, IV, da Lex Mater, não o abriga. Na prática, contudo, apresenta-se com certa freqüência, desbordando a Constituição e fugindo do sentido teórico em que foi concebido. No direito alienígena, o decreto autônomo possui natureza administrativa. Não pode sobrepor-se ao princípio da legalidade. Com a edição da lei, fica superado. Embora apresente caráter geral e abstrato, sendo, em regra, expedido pelo Chefe do Poder Executivo, caracteriza-se como um ato estritamente subordinado, subalterno e circunscrito à fonte primária do Direito: a lei. Por isso, é inferior, secundário, não inova, com foros de inicialidade, a ordem jurídica. Ao contrário do que se pode imaginar, existe para reger situações que demandem a presença da Administração Pública. Qualificado de autônomo ou independente – tão-só para designar o fato de ser expedido por organismo diverso daquele ao qual é cometida a edição de leis (Poder Legislativo) –, é mero auxiliar da função legislativa do Estado. E nada mais.¹¹⁴

Noutro turno, há o entendimento no sentido de que a Emenda Constitucional nº 32/2001 apenas reconheceu formalmente o regulamento autônomo no

¹¹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38.

¹¹⁴ BULOS, op. cit., p. 261.

ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que já seria admitida a expedição de regulamentos autônomos, desde que, inexistindo lei tratando o assunto, não invadisse matérias constitucionalmente submetidas à reserva absoluta de lei.

De acordo com esse entendimento, como o ordenamento jurídico já admitiria, implicitamente, a expedição de regulamentos autônomos sobre as matérias que a Constituição não reservasse às leis¹¹⁵, especialmente quando se tratasse de assunto que a Administração tivesse o dever constitucional de promover ou preservar, observando sempre a preferência da lei, a Emenda Constitucional nº 32/2001 apenas teria reconhecido expressamente o regulamento autônomo sobre a organização e funcionamento da administração federal, nos termos do art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido são os ensinamentos de Gustavo Binenbojm:

Outra classificação é a que distingue os regulamentos em autônomos e de execução. Os primeiros têm previsão expressa no art. 84, VI, a, da Constituição (na redação dada pela EC nº 32/01), além de serem admitidos implicitamente na sistemática constitucional, em condições específicas, enquanto os regulamentos de execução são previstos no art. 84, IV. [...]

Regulamentos autônomos são aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, tendo na própria Constituição, de forma explícita ou implícita, o fulcro imediato de competência para a sua emanção.

[...]

Note-se que a existência do art. 84, VI, “a”, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que menciona, não inibe o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a reservas de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que

¹¹⁵ O nosso ordenamento administrativo admite duas modalidades de decreto geral (normativo): o independente ou autônomo e o regulamentar ou de execução.

4.1.1.1 Decreto independente ou autônomo: é o que dispõe sobre matéria não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. A atual redação do art. 84, VI, da CF outorga ao Presidente da República baixar decreto autônomo, nas condições ali previstas. E na ADC 12 o STF entendeu que a Resolução 07/2005 sobre nepotismo é ato normativo autônomo, fundado apenas nos princípios da Carta Magna. Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto.

[...]quando se tratar de regulamento destinado a prover situações não contempladas em lei (regulamento autônomo ou independente), terá que se ater aos limites da competência do Executivo, não podendo, nunca, invadir as reservas de lei, isto é, suprir a lei naquilo que é da exclusiva competência da norma legislativa (lei em sentido formal e material). Assim sendo, o regulamento jamais poderá instituir ou majorar tributos, criar cargos, aumentar vencimentos, perdoar dívidas ativas, conceder isenções tributárias e o mais que depender de lei propriamente dita. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. ed. 34. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 182/183).

identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.

[...] O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim. Também nessas hipóteses, tal como na do art. 84, VI, “a”, vale a preferência da lei: isto é, sobrevindo lei dispondo em sentido diverso do regulamento, aquela prevalecerá sobre este.¹¹⁶

Há ainda a corrente doutrinária que encampa a posição de que o ordenamento jurídico brasileiro, após a Emenda Constitucional nº 32/2001, acolheu o regulamento autônomo somente nos estritos limites do art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal, ou seja, somente com a finalidade de organização e funcionamento da administração federal, desde que não ocorra aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. É o entendimento defendido por diversos doutrinadores^{117 118 119}, merecendo destaque as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

¹¹⁶ BINENBOJM, op. cit., p. 156; 160; 170; 171.

¹¹⁷ O Direito brasileiro, a partir da EC nº 32/01, passou a admitir – sem margens para dúvidas – constitucionalmente os “decretos autônomos” do Chefe do Executivo, com a finalidade de organização da Administração Pública, pois o art. 84, VI, da CF permite ao Presidente dispor, mediante decreto, sobre a organização da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgão público, por equipará-lo aos demais atos normativos primários, inclusive lei e, conseqüentemente afirmar seu absoluto respeito ao princípio da reserva legal. (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. Atualizada até a EC nº 55/07 – São Paulo: Atlas, 2007. p. 1270).

¹¹⁸ Regulamentos autônomos ou independentes são aqueles editados pela autoridade competente para dispor sobre matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo. Constituem reminiscências do antigo poder de legislar, dantes concentrado nas mãos dos Chefes de Estado. Não estão esses regulamentos, verdadeiras leis em sentido material, atrelados a nenhuma lei, nem dependem de qualquer delegação prévia do Legislativo. A reserva pode ser explícita (a Constituição prevê a utilização de regulamento autônomo) ou implícita (há reserva da matéria em favor do Executivo, sem lhe atribuir expressamente a atribuição regulamentar). Esses regulamentos, entre nós, ora existiram, ora não. Desapareceram com a Constituição Federal de 1988, mas parecem retornar na medida em que a Emenda Constitucional n. 32/2001 deu nova redação ao inc. VI do art. 84 dessa Lei Maior e lhe acrescentou as alíneas a e b. Alguns autores, como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo, cit.*, p. 89), admitem o regulamento autônomo unicamente na hipótese desse inc. VI do art. 84 da Constituição Federal. (GASPARINE, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126).

¹¹⁹ Neste ponto, devemos enfrentar questão tormentosa, a saber: poderiam existir decretos autônomos, independentes de lei preexistente?

Sabe-se que o conteúdo e a amplitude do regulamento devem sempre estar definidos em lei, subordinando-se aos preceitos desta última. Quando o regulamento extrapolar a lei padecerá de vícios de legalidade, podendo, inclusive, o Congresso Nacional, nos termos do art. 49, V, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

Isso porque, ao contrário da lei, fonte primária do direito, o regulamento se caracteriza como fonte secundária. Outro entendimento feriria o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da CF/88, bem como o princípio da separação de Poderes, previsto no art. 2º e elevado à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III), na medida em que a expedição de normas gerais e abstratas é função típica

Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).

[...]

Quando produz efeitos gerais, ele pode ser:

1. **regulamentar** ou **de execução**, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei;
2. **independente** ou **autônomo**, quando disciplina matéria não regulada em lei. A partir da Constituição de 1988, não há fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro, salvo nas hipóteses previstas no artigo 84, VI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01; assim mesmo, é uma independência bastante restrita porque as normas do decreto não poderão implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

[...]

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. Na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”, única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, previa, na redação original, competência para “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”.

[...]

Com a Emenda Constitucional nº 32, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre: (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. A competência, quanto à alínea a, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional nº 32. Quanto à alínea b, não se trata de função regulamentar, mas típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria.

Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara de Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, b).

Portanto, no direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, só existe o **regulamento**

do Legislativo. Quando o constituinte atribui função atípica de natureza legislativa ao Executivo, ele o faz de modo expresso, como se percebe, por exemplo, no art. 62 (medidas provisórias).

Apesar de grande parte da doutrina manifestar-se pela inexistência de acolhida constitucional dos regulamentos autônomos, o STF não desconhece essa realidade e admite, inclusive, o controle por ADI genérica, na hipótese de decreto autônomo revestido de indiscutível conteúdo normativo.

Entendemos que, a partir do advento da EC n. 32/2001, que modificou a redação dada ao art. 84, VI, da CF/88, passamos a ter exemplos factíveis de decreto autônomo.[...] (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 594/595).

*de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.*¹²⁰

Diante do exposto, mostra-se possível sistematizar o cenário jurídico do poder regulamentar autônomo no Brasil, pós-Emenda Constitucional nº 32/2001, mediante a divisão em três correntes distintas de entendimento sobre o assunto. A **primeira corrente** é representativa da inexistência do regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, por entender que os poderes restritos conferidos pelo art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal são insuficientes para a configuração do poder regulamentar autônomo; a **segunda corrente** sustenta que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, o poder regulamentar autônomo já era implicitamente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo a referida Emenda Constitucional apenas reconhecido formalmente o regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à organização e funcionamento da administração federal; e a **terceira corrente** encampa a posição de que o ordem jurídica brasileira acolheu o regulamento autônomo somente nos estritos limites do art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal.

Nessa linha, é curial informar que o Supremo Tribunal Federal manifestando-se sobre assunto, após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, posicionou-se no sentido de reconhecer a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, do regulamento autônomo, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N.º 4.010, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2001. PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. LIBERAÇÃO DE RECURSOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Os artigos 76 e 84, I, II e VI, a, todos da Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional nº 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. (ADI 2564/DF, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, Votação: unânime, Julgamento: 08/10/2003, DJ 06-02-2004).

EMENTAS: 1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 92/93 – 235.

respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução.

(ADI 3232/TO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, Votação: unânime, Julgamento: 14/08/2008, DJe 03-10-2008).

Ainda na matéria, retorno ao âmbito do Poder Executivo da União para lembrar a regra que se extrai da alínea a do inciso VI do artigo constitucional de nº 84, traduzida, precisamente, na autorização para o Presidente da República “dispor, mediante decreto”, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Norma que este STF tem como constitutiva de regulamento autônomo (tirante as sobreditas vedações), e, assim, diploma francamente equiparável a ato normativo primário (cf. ADI 2.564, Rel. Min. Ellen Gracie, entre outros).

(trecho do voto do Ministro Carlos Britto, ADC MC 12/DF, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, votação: por maioria, Julgamento: 16/02/2006, DJ 01-09-2006).

Percebe-se, a partir dos julgados acima transcritos, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do regulamento autônomo, limitado, porém, aos lindes estatuídos no art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988, enquadrando-se, de conseguinte, na terceira corrente doutrinária alinhavada acima.

Merece ser informada, ainda, questão bastante interessante que diz respeito à possível existência de uma verdadeira “reserva de regulamento”, diante do disposto no art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988. Com efeito, alguns doutrinadores passaram a sustentar que com Emenda Constitucional nº 32/2001 foi instituída uma verdadeira área de reserva de Administração, não sendo mais possível que o Poder Legislativo trate de matéria ligada à organização e funcionamento da Administração Pública:

O impacto da alteração da redação do art. 84, VI, foi tão intenso, que autores, como ANDRÉ CYRINO, defendem que, mais do que um poder regulamentar autônomo, passou a haver uma área de reserva de Administração, cujos temas sequer poderiam ser tratados por lei, mas apenas por regulamento. A organização da Administração Pública seria matéria sujeita a uma “reserva de regulamento”, da mesma forma que os

regimentos internos dos tribunais são atos normativos a eles constitucionalmente reservados, com exclusividade (art. 96, I, a, CF).¹²¹

Conforme expõe Alexandre Santos de Aragão, o Supremo Tribunal Federal já decidiu nessa linha na ADI nº 2.806/RS¹²², deixando explícito no voto do Ministro Ilmar Galvão, relator da ação, que “no que toca às escolas públicas [...] revela-se ofensivo ao art. 84, VI, a, da Constituição, de aplicação extensiva aos Estados, visto cuidar de órgão da Administração, cuja organização e funcionamento hão de ser disciplinados, privativamente, por decreto do Chefe do Poder Executivo”¹²³.

¹²¹ ARAGÃO, op. cit., p. 35.

¹²² EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 11.830, DE 16 DE SETEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL E DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICOS E PRIVADOS AOS DIAS DE GUARDA DAS DIFERENTES RELIGIÕES PROFESSADAS NO ESTADO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 22, XXIV; 61, § 1.º, II, C; 84, VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual n.º 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Ação julgada procedente.

(ADI 2806 / RS, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, votação: unânime, Julgamento: 23/04/2003, DJ 27-06-2003).

¹²³ ARAGÃO, loc. cit.

CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, constata-se que o dinamismo e a complexidade das relações sociais contemporâneas levaram a mudanças estruturais no Direito. Essas mudanças estão significativamente representadas pelas ideias consagradas no pós-positivismo jurídico, que, longe de constituir-se em aspirações meramente teóricas, são imposições da realidade.

O Direito não pode mais ser construído, pensado e aplicado com base no ideário oitocentista. É preciso que se perca, de uma vez por todas, a crença no dogma da completude do Direito e reconheça-se a importância da participação do aplicador do Direito, especialmente diante da utilização cada vez maior de cláusulas abertas, demandando-se, conseqüentemente, a estruturação de novos mecanismos hermenêuticos.

Com efeito, em face das novas demandas sociais e do reconhecimento da força normativa da Constituição, as leis caem em importância, cedendo espaço, então, para uma atuação co-participativa e, até mesmo, originária do poder regulamentar desempenhado pelos órgãos e entes administrativos.

Assim, em razão da própria imposição de uma realidade social diversa, o poder regulamentar não pode ser mais resumir-se a uma tarefa de mera execução das leis. Deve ser admitido, a par dessa função, que o poder regulamentar promova inovações na ordem jurídica, mediante a criação de direitos e deveres, sendo imprescindível, no entanto, a observância, para fins de legitimação e controle, dos princípios informadores ou dos parâmetros estabelecidos como limites balizadores da normatização da matéria (*standards*).

Nesse contexto, seria possível, até mesmo, o exercício do poder regulamentar decorrente da aplicação direta da Constituição, não só quando haja previsão expressa, mas também nas hipóteses em que, inexistindo reserva de lei, os valores e finalidades a serem regulamentadas gozassem de especial relevância para a sociedade.

Diante disso, conclui-se que a compreensão das mudanças filosóficas e teóricas ocorridas no Direito contemporâneo, consubstanciadas no pós-positivismo jurídico e na nova hermenêutica jurídica, são essenciais para uma adequada compreensão da função do poder regulamentar.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3. ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 15 de dezembro de 2012.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3. ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15/12/2012.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 15/12/2012.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 15/12/2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** – 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 121.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** ed. 24. Ed. Malheiros. São Paulo: 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo. Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração.** 2. ed. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 14. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia.** 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo.** 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. **Curso de direito processual civil – direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada.** 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINE, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

JORGE NETO. Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. ed. JusPodivm. Salvador: 2009.

KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: 1987.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1.

MARMELSTEIN. George. **Curso de direito fundamentais**. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. ed. 34. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: 2009.

MENDES; Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. Atualizada até a EC nº 55/07 – São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3. ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VALE, André Rufino do. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.