

dência sobre as demais, seja a que regula a vigência das leis. Embora tal princípio não esteja expresso, há como que um consenso tácito nesse sentido. De fato, as demais normas intercaladas são consideradas obrigatórias somente se resultantes de leis que satisfaçam as condições que a norma de vigência estatui. Caso não desconsiderássemos as normas sobre interpretação, seriam elas aparentemente aplicáveis aos textos de direito internacional privado e de direito intertemporal, o que as colocaria acima das normas que esses textos expressam. No tocante ao relacionamento entre o direito intertemporal e o direito internacional privado, a decisão é muito mais difícil. As normas de direito internacional privado são, porém, muito estáveis, raramente sendo modificadas. Além disso, na grande maioria dos casos, delas resulta a aplicabilidade do direito interno. Em conseqüência, o direito que rege o caso concreto é quase sempre o mesmo, quer se dê precedência ao direito intertemporal, quer ao direito internacional privado.

Reflexões acerca do Poder Regulamentar — Propostas à Constituinte

Augusto Henrique Werneck Martins
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

“Ora, a lei... o que é a lei, se o major quiser?...”
(Dona Maria ao Major Vidigal, *in* Manoel Antônio de Almeida. *Memórias de um Sargento de Milícias*, São Paulo, Martins, p. 271¹).

Apresentar um pequeno trabalho. Sobre o Poder Regulamentar. A tarefa que se me dá não é a de realizar outra monografia de abordagem acadêmica sobre o tema, mister de que muitos já bem se desincumbiram. Proponho-me a refletir um tanto acerca do Regulamento — do Regulamento “brasileiro” — enquanto instrumento de imposição de modalidades determinadas de ordem jurídica. Espiar, com brevidade, as circunstâncias históricas onde o instituto evoluiu e, no entanto, sugerir alguns princípios informadores de uma acepção democrática da hierarquia das normas jurídicas, propiciando seja a Sociedade Civil a protagonista da construção do conceito de legalidade, em detrimento dos majores de sempre.

I — Aportes Históricos do Conceito de Poder Regulamentar

A idéia de “Poder Regulamentar” está intrinsecamente ligada à aparição histórica do Estado Liberal. A separação de Poderes, com a decorrente fixação da acepção formal do ato legislativo, ensejou a categorização dos atos do Poder Executivo, reconhecendo-lhes uma dita capacidade de editar normas jurídicas de acerto teor.

Assim, considerando a lei em sentido formal como lapidar criação iluminista, também o será o regulamento, guardada a distância entre o sentido e o alcance do termo, então. A fórmula indicada não é especialmente ousada, nem inovadora. Admite que a articulação de legitimidade e legalidade, em nome de uma segurança jurídica, é devida ao pensamento liberal clássico, tão-somente. Ora, se a doutrina da separação de Poderes expõe a sede da soberania popular no Parlamento — na realização da função legislativa, foi urdida principalmente por MONTESQUIEU² e sedimentada por cientistas políticos ou juspublicistas como STUART MILL, TOCQUEVILLE, HAMILTON, MADISON e JAY³, entre outros, não se poderia deixar de entrever que a corrente teórica responsável pela sistematização e justificação empírica do ato legislativo trouxe em seu bojo a permissão da própria exceção à regra formulada.

Esclarecendo a hipótese tem-se que, na lógica da concepção rígida da tripartição de Poderes, o contraponto da manifestação legiferante legítima e constitucional é justamente o apanágio da edição de atos de conteúdo legal, seja no aspecto da generalidade, da coatividade ou da novidade⁴, ou seja, a possibilidade inversa à proposição original. Destarte, a imposição de atos coativos, genéricos e inovadores através do Poder Executivo, a par de ser justo a antítese da utopia liberal, fez parte, de pronto, da sua *praxis* constitucional.

O pragmatismo liberal, por assim dizer, superou o impasse demonstrado no parágrafo anterior — impasse este, aliás, falso no plano do Poder — já nos primeiros textos constitucionais⁵, onde era bem vindo o regulamento, para a “fiel execução das leis”. É de notar, ainda, que o chamado “Poder de Polícia” tem sua gênese moderna no mesmo período histórico, sendo particularmente interessante pressentir a ocorrência de normas ditando a obrigatoriedade do trabalho, sob as penas da lei.

O estágio brasileiro referente à fase “iluminista” ou “liberal clássica” do Poder Normativo é de difícil identificação, explicável, inclusive pela incoerência perplexa dos liberais e pelo utilitarismo e praticidade extremados das classes dominantes brasileiras. A Constituição de 1824, sem embargo de introduzir a cláusula tradicional de regulamento às leis na esfera de competência do Imperador, enquanto Chefe do Poder Executivo, não pode ser levada em consideração para os efeitos do marco teórico aqui descrito. Trata-se de Carta onde os “fatores reais do poder”, para utilizar a expressão feliz de LASSALE⁶, tinham expressão por demais robusta, posto que o Poder Moderador, pleno como era, servia a descaracterizar inteiramente a repartição orgânica e funcional. A experiência do segundo reinado, a par de certa normalização política, trazia em si, do mesmo modo, um grande acordo de classes dominantes, cuja tônica era, exatamente, a ruptura com o “ideário liberal”, como assinalado com meridiana clareza por WANDERLEY GUILHERME DOS SANTOS ao reportar a política do Brasil de 1840-80⁷.

A Constituição de 1891, fiel à mescla liberal-positivista, circunscreveu o Poder Regulamentar, que passou a ser encarado efetivamente na espécie reconhecida como “regulamento de execução”⁸. Por este rumo, embora as construções doutrinárias de então apontassem no sentido da estrita conceituação de “fiel execução da lei” — mantidos a acepção e o alcance originais, foram dados os primeiros passos em direção ao regulamento moderno, meio de exequibilidade do *Estado de Providência*⁹ — o *Welfare State*. As primeiras tentativas de implantação de políticas típicas do “Estado Social” começaram, daí, a desmistificar a tese jurídica, fato dedutível já na virada do século, quando da chamada “Revolta da Vacina”, no Rio de Janeiro. Nesta oportunidade, os positivistas radicais — aliados a expressivos contingentes

das classes populares — resistiram com armas às portarias do Diretor de Saúde Pública, OSWALDO CRUZ, e aos decretos do Prefeito do Distrito Federal, PEREIRA PASSOS. O Senador LAURO MÜLLER fez inflamados discursos na Tribuna Parlamentar sustentando a inconstitucionalidade de tais atos. A Reforma Urbana, assim, com o saneamento da cidade do Rio de Janeiro mediante atividade administrativa planejada, era a primeira tentativa interventiva da República, e a prática demonstrava, ali, que o célebre ato formal do Poder Legislativo não se prestava à plena realização destes desígnios. A população, indignada com a “invasão de lares” para a vacinação, revoltou-se. E o grande “pano de fundo” era a questão, pouco discutida, da legitimidade da imposição de normas coativas e genéricas pela Autoridade Administrativa.¹⁰

Nessa esteira, dado a crescente característica intervencionista do Estado brasileiro, a via principal dos modelos desenvolvimentistas de cunho econômico e social passou a ser o *regulamento*. É de se ver que, por exemplo, a Revolta da Vacina foi mais um desabafo de cidadania reprimida e inconsciente que, propriamente, a manifestação de consciência desta mesma cidadania. Tanto que o regulamento prosperou, ainda na versão abusiva, e as respectivas contestações arrefeceram. Isto porque as relações sociais estiveram, daí em diante, suficientemente “normalizadas” — no sentido empregado por FOUCAULT¹¹ — para que se viesse a questionar a legitimidade de tais atos, de maneira organizada, comprovando que a valoração da norma dá-se pela relação social real onde se exerce a atividade legiferante, não por sua qualidade.¹² Ainda mais quando as Constituições são, como no Brasil, um texto onírico, sem efetividade e gerador mais de frustração que de contestação.¹³

Por isso, pelas condições gerais de aceitabilidade, tanto no campo das relações sociais quanto no plano da ordem jurídica, a tutela constitucional do regulamento permanece intocada, mesmo que tenham sido aumentados os mecanismos do controle jurisdicional. Afóra o hiato da Carta de 1937, em que a situação político-institucional era especialíssima e o regulamento autônomo propriamente dito imperou — ainda que sob a roupagem formal do “decreto-lei”. A realidade, contudo, foi a de que a norma jurídica propulsora da modernidade brasileira foi o regulamento, em todas as suas espécies e mesmo no Estado de Direito. Tem integrado, destarte, nossa *constituição real*, para utilizar a nomenclatura dada por KARL LOEWENSTEIN¹⁴. Ao homem comum do Brasil, a Constituição, a lei, o decreto, a portaria, a instrução normativa, a ordem de serviço, têm exatamente o mesmo conteúdo, a idêntica função coercitiva e opressora.

Os fatos relatados anteriormente tiveram sua expressão maior no regime político-militar de 1964 quando toda a gama de atos administrativos veio regradar a vida dos brasileiros. Recorde-se, até, por curioso, que um dos motivos capitais para a eclosão do citado movimento foi

a acusação de que estaria o Presidente JOÃO GOULART disposto a quebrar a legalidade, realizando as ditas "reformas de base" através de decreto! Assim, no passado recente do País, sentia mais o povo uma resolução do Conselho Nacional de Petróleo ou do Conselho Monetário Nacional que os efeitos de diversos dispositivos constitucionais, incluídos em tal elenco, tristemente, todos os direitos públicos subjetivos, configuradores do conceito de cidadania.¹⁵ O decreto-lei, novamente inserido na Carta de 1969 (reintroduzido na Constituição de 1967), torna-se regulamento constitucionalmente qualificado, meio idôneo para manifestação de vontade do Príncipe, submetido a um pávido processo de apreciação legislativa.

Nesse sentido, o regulamento do Estado Liberal evoluiu para o regulamento do Estado Social "Clássico" até o Estado Autoritário de "Providência", produto híbrido do regime-político-militar de 1964. A próxima Constituição não pode se limitar à regência tímida da matéria no modelo "iluminista" ou ao ensejo, pura e simplesmente, de ampla competência de legiferação ao Executivo. A tarefa é assumir os institutos jurídicos de além da modernidade, dando nova dimensão à separação de funções do Estado, impedindo a feitiçização da lei, urdindo um arcabouço normativo controlador do Poder Regulamentar, introduzindo, na prática, o tradicional conceito teórico do *checks and balances*.¹⁶

NOTAS

1. A literatura é farta em exemplos marcantes da submissão e do reconhecimento popular ao fenômeno da realidade do poder, em todas as suas acepções. Na passagem do Império para a República é interessante, ainda, a abordagem de livros como *A Capital Federal*, de Aluísio de Azevedo, e *Esau e Jacó*, de Machado de Assis.
2. *O Espírito das Leis*. Ed. UnB, 1981.
3. *O Federalista*. Ed. UnB, 1982.
4. Conceito trabalhado por parte da doutrina italiana, capitaneada por Ranelletti, in Le Guarentigie, cit. por M. Seabra Fagundes in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Ed. Saraiva, 1984, p. 17.
5. Ver *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689 e Constituição Americana, artigo II e aditamentos.
6. *A Essência da Constituição*. Ed. Liber Juris, 1986.
7. *Burguesia e Liberalismo Político*, Ed. Duas Cidades, 1978, p. 80-83.
8. Ver Diógenes Gasparini, *Poder Regulamentar*. Ed. Revista dos Tribunais, 1985, e Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1984.
9. Ver C. B. Macpherson, *A Democracia Liberal*. Ed. Zahar.
10. O relato histórico aprofundado a respeito da Revolta da Vacina foi realizado recentemente por José Murilo de Carvalho in *Os Bestializados — O Rio de Janeiro e a República que não foi*. Ed. Companhia das Letras, 1987.

11. M. Foucault demonstra que o Poder, na sociedade sob a égide do capitalismo monopolista, tende mais a disciplinar e normalizar que propriamente a reprimir e inverter, tendo sentido positivo, contrariamente à clássica afirmação de Marx e dos membros da Escola de Frankfurt, capitaneada por Hebermas, modernamente. Ver, a respeito, *A Microfísica do Poder*. Ed. Graal.

12. Ver Michel Miaille, *Introdução Crítica à Ciência do Direito*.

13. Acerca da frustração constitucional enquanto consequência da falta de efetividade dos textos ver Luís Roberto Barroso "Efetividade das Normas Constitucionais" — Por que não uma Constituição para valer?" *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 39, Rio de Janeiro, 1987.

14. *In Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, 1976.

15. Ver Carlos Roberto de Siqueira Castro. *O Congresso e as Delegações Legislativas*, Ed. Forense, 1986, p.161 e segs.

16. *op. cit.*, p. 46 e segs.