

A “RESERVA DE DENSIFICAÇÃO NORMATIVA” DA LEI PARA PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹

O **princípio da legalidade** foi, explicitamente, inserido dentre os princípios constitucionais da Administração Pública brasileira (art. 37, *caput*, da CF/88). Tal preceito clássico, reconhecido como realizador do Estado Democrático de Direito, ganhou maior relevo no Brasil com a Constituição ora vigente. Não é demais lembrar que não foi ela a elevá-lo ao patamar em que se encontra. Antes mesmo da instauração da nova ordem jurídica constitucional, a doutrina e a jurisprudência enalteciam-no com bastante vigor.

Houve explicitação. A **legalidade** explicitada corresponde, como bem lembra Alexandre MORAES, ao “*tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º. II, da Constituição Federal [...] aplica-se normalmente à Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial*”². Sobre a importância que tem esse pilar fundamental do sistema democrático, merece transcrição a lição lapidar de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, quando destaca ser o **princípio da legalidade**

específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade Damas e da UFPE.

² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 311.

da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sub-legal, infra-legal, consistente na expedição de **comandos complementares** à lei³.

Essa tradicional e relevante subordinação ao princípio da legalidade representa uma expressiva barreira contra autoritarismos do Executivo e a necessária partição de funções em um Estado de Direito. É uma trincheira diuturnamente fustigada sob os mais variados argumentos, desde a insuficiência da técnica legislativa esboçada pelo Poder Legislativo, à complexidade e à velocidade da vida moderna, incompatível com a natural lentidão dos parlamentos.

Esses questionamentos se aguçaram desde a adoção do modelo do Estado do Bem-Estar Social, com a ampliação das áreas de atuação do Estado. Marcelo Rebello de SOUZA e André Salgado de

MATOS, publicistas portugueses, ressaltam os embates doutrinários sobre a matéria, que podem ser sintetizados na resposta que se der à formulação que apresentam: “*A questão é se saber se a reserva de lei se deve estender às restantes esferas de actuação administrativa, designadamente as de âmbito prestaciona*”⁴. Destacam, ainda, aspecto de crucial relevo, que é a denominada “**reserva de densificação normativa**”, entendida como “*a necessidade de o mesmo fundamento jurídico normativo possuir um grau de pormenorização suficiente para permitir antecipar adequadamente a actuação administrativa em causa*”⁵. Inseridos em normas teoricamente secundárias, encontram-se regramentos que representam efetivamente, face à falta de densidade na moldura legal, normas primárias, o que, no sistema jurídico brasileiro, reserva-se, tão-somente, à lei. Descabida a pretensão de,

⁴ SOUZA, Marcelo Rebello de; MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo Geral*. 2.ed. Lisboa: Dom Quixote, 2004, tomo 1. p. 168.

⁵ SOUZA, Marcelo Rebello de; MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo Geral*. 2.ed. Lisboa: Dom Quixote, 2004, tomo 1. p. 157.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 91. Negrítos acrescidos.

frente ao sistema constitucional vigente, pretender-se assegurar autonomia às normas regulamentares, ou mesmo regulatórias, utilizando-se como referenciais outros sistemas jurídicos que têm, como substrato, uma constituição mais complacente sob esse aspecto, construída em uma cultura em que tal elasticidade não oferece os mesmos riscos que se fazem presentes em culturas tradicionalmente autoritárias. Nas palavras de Luis S. CABRAL DE MONCADA:

O significado do princípio da legalidade da administração depende em primeira mão da estrutura constitucional em que esteja inserido. Encara-se aqui o conceito de estrutura com o sentido que é usual nas ciências sociais, ou seja, como um todo de sentido que se infere a partir de dados pessoais heterogêneos, em vez de traduzir um conjunto de relações invariáveis entre fenômenos homogêneos. É nesse sentido que a noção de estrutura apresenta algum interesse do ponto de vista do direito público. A legalidade depende do todo constitucional e apura-se tendo em

atenção uma multiplicidade de elementos reciprocamente dependentes⁶.

Não se pode, entretanto, desprezar algumas sérias dificuldades para a acomodação da velha teoria da separação de poderes, frente à realidade hodierna. De extrema pertinência a observação de Andréas KRELL, quando destaca que,

em todos os países democráticos, a delegação de atribuições entre o parlamento e o Governo tornou-se uma necessidade para solucionar os problemas que surgem nas modernas sociedades complexas. Nesse sentido, o fenômeno mundial da deslegalização (ou delegificação) indica a transferência da disciplina de determinadas matérias da esfera legislativa para a de governo, o que faz crescer o poder regulamentar do **Estado Administrativo** que muitas vezes abusa dos seus poderes normativos, até em virtude

⁶ CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 13.

da demora exagerada na produção das leis parlamentares⁷.

O fenômeno da legislação delegada e da deslegatização chegam a ser apontados por Eduardo GARCIA DE ENTERRIA como “*uno de los más importantes em la práctica política actual de todos los países*”⁸. Como conciliar a necessidade de instrumentos eficientes para assegurar a concretude das normatizações, com a preservação do princípio da legalidade de indiscutível relevância garantística? Esse é, sem dúvida, um dos mais relevantes temas do Direito Administrativo Constitucional.

Mister que se faça, ainda que com brevidade, referência à teoria da separação dos poderes, base sobre a qual se lastreia o princípio da legalidade, e à da separação das fun-

ções do Estado, a segunda, embora distinta⁹, sem dúvida decorrente ou resultado de aperfeiçoamento daquela, para se apreenderem o sentido mais profundo e a importância do princípio da legalidade como instrumento de controle e de limitação da atuação do Estado.

Não se deve olvidar, entretanto, que a teoria citada surge em momento histórico em que se consagrava o modelo de Estado Liberal, assegurador da ordem, do patrimônio, sem qualquer relevância em atividades de indução ao desenvolvimento eco-

⁷ KRELL, Andreas J. *Leis de norma geral, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 80. Negrito nosso.

⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad regulatoria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998. p.72.

⁹ Cf. SÉRVULO CORREIA, J. M. (*Noções de Direito Administrativo*. Lisboa: Danúbio, 1981, v. 1. p. 18): “Não pode confundir-se a classificação das funções do Estado, com o princípio político da separação de poderes, que encontra a sua origem teórica nas obras de Locke e Montesquieu. A análise das realidades encarregou-se de demonstrar que a Separação de Poderes não envolve especialização de funções, mas antes a existência de diversos temas de órgãos, pelos quais se encontra repartido o exercício da soberania e que devem impedir-se reciprocamente de exorbitarem do âmbito de seus poderes” (grifos acrescentados).

nômico-social, quer como agente, quer como regulador, quer como ente de fomento; sem preocupação mais efetiva com fenômenos como educação, saúde, previdência e assistência; sem a efetiva disciplina de mercados voláteis e globalizados, como o financeiro. De qualquer sorte, o elemento da legitimação democrática ainda é, mesmo com essas vicissitudes, ressaltado como de enorme cunho legitimador da defesa do princípio da legalidade. Sem dúvida, nos períodos autoritários, pode-se decidir com muito mais rapidez, com muito maior risco, entretanto, de preterição do interesse público e, no modelo estatal que vem sendo pregado e apregoado por autores como Robert NOZICKY, “*a Administração é cada vez menos Poder, face aos poderes privados, numa espiral de privatização do interesse público e da própria actuação da Administração*”¹⁰.

¹⁰ *Apud* ANTUNES, Luis Felipe Colaço. *O Direito Administrativo e sua justiça no início do século XXI*: algumas questões. Coimbra: Almedina, 2001. p. 128.

Alguns autores, recorde-se, como MARTÍN MATEO, chegam a vislumbrar, na teoria da separação de funções, mera alteração da teoria da separação de poderes, destacando que “*la teoría de la división del poder, posteriormente transformada a veces en teoría de la división de funciones, pero que responde más o menos al mismo esquema inicial*”¹¹. Em verdade, são abordagens distintas, embora umbilicalmente ligadas¹², o que se deve salientar e que, quer pelo argumento garantístico, quer pelo da especialização, a história tem demonstrado os graves inconvenientes da concentração de poderes. Por outro lado, pode-se dizer da existência, não de uma teoria da separação dos

¹¹ MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 14. ed. Madrid: Trivium, 1991. p. 35.

¹² VILE, M.J.C. também defende a idéia de que a moderna visão da teoria da separação de funções teria sido fruto de “gradual development of ideas that reflects problems concerning the nature of government, firstly perceived in seventeenth century England” (*Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967. p. 21).

poderes, mas de várias, de inúmeras construções, que foram sendo edificadas a partir da idéia básica, de um modelo basilar, inclusive com caracteres e conseqüências não convergentes, sofrendo a influência de fatores culturais específicos de cada país, embora todas a partir dos embriões representados por pensamentos como os de Locke e Montesquieu.

A origem da teoria da separação de poderes não é tema de entendimento uniforme entre os autores. Alguns buscam-na na histórica Grécia; outros, em fontes mais recentes. Na verdade, encontra-se em Locke a semente mais nítida de tal modelo, embora com perfil ainda bem afastado das realidades e ramificações que emergiram a partir da obra dele. Não se pode, como já lembrado, entretanto, olvidar que, já na Grécia antiga, Aristóteles indicava as três partes do poder do “Estado” de então – “*Senado, autoridades, tribunal popular; y de las actividades que estas tres ejercitan*”¹³. Evidente-

mente que tal pensamento tinha sentido bem limitado, histórica e geograficamente. Esse é o pensamento de BONDY¹⁴, em relevante trabalho, cujas conclusões merecem aceitação.

Locke, ressalte-se, em seu *Ensaio sobre o Governo Civil*, apresentava um elenco de poderes denominados de Legislativo, Executivo e Federativo da República, entendendo incumbir ao Legislativo:

dirigir o emprego da força da República para a preservação dela e de seus membros. E podendo as leis de imediato serem executadas e cuja força deverá incessantemente prosseguir [...] nas repúblicas bem

Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973. p. 452.

¹⁴ BONDY, William. *In the Separation of Powers: in History, in Theory and the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986. p. 12: “The analysis of government into three parts is as old as Aristotle. He already indicated the distinction existing between the three departments. In his Politics, he says that in every state there are three divisions: the general assembly deliberating upon public affairs [...], a body of magistrates [...], and a judiciary [...]”.

¹³ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de

ordenadas, donde o bem conjunto é considerado como se deve, o poder legislativo se encontra em mãos de diversas pessoas, as quais, devidamente reunidas gozam de per si ou conjuntamente com outras, o poder de fazer as leis [...] Por terem, porém, as leis feitas de uma vez em brevíssimo tempo, força constante e duradoura, e necessitarem de perpétua execução ou de serviços especiais mister será que exista um poder ininterrupto que atenda à execução das leis em vigência, e esteja em força permanente. Assim acontece que apareçam separados amiúde o poder legislativo e o executivo [...]. Outro poder existe em cada república [...] porque ainda que em uma república sejam seus membros pessoas distintas, cada qual relativamente ao vizinho [...] porém com referência ao resto da humanidade forma um só corpo, tal faculdade, pois, contém o poder de paz e guerras, ligas, alianças e todas as transações com qualquer pessoa e comunidade alheia a tal república; e pode chamar-se federativo caso gostem, contanto que a essência

seja compreendida, me será indiferente o nome¹⁵.

Não se pode discordar, entretanto, de Jellinek, ao salientar ele que, apesar da importância da teoria de Locke para o Estado Democrático, ela, em verdade, não rompeu “*en modo algun con la antigua concepción del Rey al apoyarse completamente en las bases de la teoria de la soberania del pueblo*”¹⁶.

A importância fundamental de Locke decorre, sobretudo, da defesa que fez da separação de poderes, como observa PÉREZ SERRANO¹⁷,

¹⁵ LOCKE, John. *Ensaio sobre o Governo Civil*. Traduzido e inserido no Curso *O Poder Legislativo*. Ministério da Justiça. Brasília: Fundação Petrónio Portella, 1983. p. 82-83.

¹⁶ JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973. p. 456.

¹⁷ De PÉREZ SERRANO (*Tratado de Derecho Político*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984. p. 371) a afirmação: “*lo que interesa en Locke es que defienda ya la utilidad de la separación de algunos poderes, pues conforme sostiene que el Ejecutivo y el Federativo dificilmente pueden estar en manos distintas, cree que el Legislativo y el Ejecutivo ‘se encuentran a menudo separados’*”.

da idéia de partição dos poderes estatais, o que possibilitaria o desenvolvimento do modelo democrático.

Foi, entretanto, a figura de Montesquieu que, de fato, apresentou a estrutura básica para a divisão de poderes existentes no Estado Moderno, o ponto de partida para as vertentes hoje existentes acerca da proteção das funções do Estado e órgãos que exercem cada uma dessas funções e para a consagração do princípio da legalidade. Dificilmente, algum ensinamento em matéria jurídico-política foi tão reproduzido quanto aquele constante do Chapitre VI, da obra “De L’Esprit des Lois”:

Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoir: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dependent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dependent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temp ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou

reçoit des embassades, établit la sûreté, previent les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les differends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l’autre, simplement la puissance exécutive de l’Etat¹⁸.

Quando Montesquieu estava a falar de “*puissance exécutive*”, ou de “*puissance de juger*”, referia-se aos atos, às funções, e não ao conjunto de órgãos que as exerciam (não se olvide o sentido daquela palavra correspondente a “force”, “autorité de”). Embora reconhecendo que, em Estados então existentes, “les trois puissances”^{19/20} eram

¹⁸ MONTESQUIEU. *De l’esprit des lois* [avec des notes de Voltaire, Crévier, de Maliby, de La Hârpe, etc.]. Nouvelle Édition. Paris: Garnier Frères, 1871. p. 142.

¹⁹ Nota: É importante não olvidar que, não necessariamente, a divisão de atribuições entre órgãos do Estado significou a democratização da estrutura estatal, mas a racionalização do exercício nos serviços impostos ao Estado ou por ele encampados. Tal vem representando, paulatinamente, uma tendência historicamente constatável de um Estado que distribui seus

principais poderes entre órgãos diferentes.

A democratização do Estado surgiu, lentamente, a partir da autonomia no exercício das funções, mesmo quando formalmente inseridas em uma só estrutura de Poder. Em verdade, de fato, é bem mais relevante a autonomia efetiva para o exercício da função, de que o fato de estarem, os órgãos que exercem essas funções, formalmente inseridos em estruturas de poder diferenciadas. Poder-se-ia citar como exemplo o caso da justiça administrativa francesa, sem dúvida mais autônoma de que órgãos de Poder Judiciário de muitos países periféricos.

Não se pretende, evidentemente, com isso, afastar as vantagens da estruturação distinta para exercício preponderante de cada função, embora reconhecendo que a formalidade entre os “Poderes”, quanto ao exercício de funções de outros, é bem maior que no passado.

A título de antecipação, poder-se-ia lembrar, invocando o caso brasileiro, a proliferação de atos de cunho legislativo pelo Poder Executivo (as medidas provisórias); os julgamentos (políticos) pelo Senado Federal; a produção de normas de alcance geral pelo Poder Judiciário (*exempli gratia*, as sentenças normativas no âmbito da justiça do trabalho ou as decisões de cunho normativo do próprio STF).

²⁰ BONDY, William. *In the Separation of Powers: in History, in Theory and the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986. p. 11.

exercitáveis pelos “mêmes corps”, desenvolve pensamento que é, de fato, o grande ponto inovador de sua obra:

La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d’esprit qui provient de l’opinion que chacun a de sa sûreté; et, pour qui on ait cette liberté, il fault que le gouvernement soit tel qu’un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n’y a point de liberté, parce qu’on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire; car le juge seroit législative. Si elle étoit jointe à la puissance exécutive, le juge pourroit avoir la force d’un oppresseur.

TOUT SEROIT PERDU SI LE MÊME HOMME, OU LE MÊME CORPS DES PRINCIPAUX, OU DES NOBLES, OU DE PEUPLE, EXERÇOIENT CES TROIS POUVOIRS: CE LUI DE FAIRE DES LOIS, CELUI D'EXÉCUTER LES RESOLUTIONS PUBLIQUES, ET CELUI DE JUGER LES CRIME OU LES DIFFÉRENDS DES PARTICULIERS²¹.

Esta última parte da idéia de Montesquieu é a que representa o seu TELOS IDEOLÓGICO: A LIBERDADE²². Liberdade essa, sem dúvida, comprometida, no passado, no presente ou no futuro, quando aquele, que fixa

o conjunto normativo, que cria direitos, deveres e obrigações, for o destinatário desses comandos normativos, que vão disciplinar, inclusive, as relações com terceiros, destinatários passivos dessa normatização. Fixar as normas que vão balizar o relacionamento do “normatizador” com terceiros, nos mais variados campos de atuação do Estado, é, indubitavelmente, um potencial e usual instrumento de cerceamento de direitos e fomentador de opressão. Observem-se, nessa linha, os gravíssimos problemas, decorrentes do abusivo uso de medidas provisórias no Brasil²³.

A partir dessa idéia comum, de partição de funções em órgãos diferenciados, surgiram várias vertentes que se desenvolveram, sobretudo, impregnadas de elementos históricos circunstanciais, geradores das distinções ocorrentes, e, em alguns casos, com a

²¹ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois* [avec des notes de Voltaire, Crevier, de Maliby, de La Hárpe, etc.]. Nouvelle Édition. Paris: Garnier Frères, 1871. p. 143. Destaque inexistente no original.

²² Ou, como lembra Karl LOEWESTEIN: “La separación de los PODERES estatales no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político” (*Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Anabitar. Barcelona: Ariel, 1964. p. 55).

²³ TAMER, Sérgio. *Fundamentos do Estado democrático e a hipertrofia do Executivo no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002, p. 255.

constatação de construções conflitantes²⁴.

A posição norte-americana, que viria a ser de grande influência na estrutura dos órgãos jurídico-políticos do Estado brasileiro, a partir do início do período republicano, representou, é certo, o exemplo mais marcante de separação formal dos poderes do Estado, aguçada, também pela adoção do sistema **presidencialista** de governo. O âmago dessa vertente se detectava já na Convenção de Wilhamsburg (Virgínia), nos primórdios daquele Estado:

THE LEGISLATIVE, EXECUTIVE AND JUDICIARY DEPARTMENTS SHALL BE SEPARATE AND DISTINCT, SO THAT NEI-

THEY EXERCISE THE POWERS, PROPERLY BELONGING TO THE OTHER: NOR SHALL ANY PERSON EXERCISE AT THE SAME TIME, EXCEPT THAT THE JUSTICES OF THE COUNTY COURTS SHALL BE ELIGIBLE TO EITHER HOUSE OF ASSEMBLY²⁵

Circunstâncias históricas levaram a que se definissem caminhos opostos, diferenciados, a partir de uma mesma idéia, fazendo surgir, na Europa Ocidental, sistemas diversos, quer quanto à relação entre os poderes, papéis do Judiciário, controle de constitucionalidade etc. Enquanto na França, a criação dos Tribunais Administrativos e a soberania do parlamento tinham como norte o ideal de liberdade, afastando a ação dos juízes vinculados ao “ancien régime”; no Reino Unido, a unidade de jurisdição foi consagrada como uma garantia aos jurisdicionados, tal como nos Estados

²⁴ Como exemplo poder-se-ia apontar que a idéia de separação dos poderes, na versão anglo-americana, também acolhida pelo Brasil após a Constituição de 1891, levou à adoção do princípio da unicidade de jurisdição e à rejeição da tese da “Justiça Administrativa”, nos moldes franceses. A vertente francesa, por sua vez, tem sentido diametralmente oposto, conforme se verá, oportunamente.

²⁵ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967. p. 119.

Unidos. Ali, inclusive, a amplitude da tutela jurisdicional, alcançando os atos dos demais poderes, quanto ao controle de constitucionalidade, tem representado, historicamente, relevante instrumento de garantia de direitos, embora, doutrinariamente, se discutisse que a “Theory of Checks and Balances” representava uma alteração no purismo da clássica concepção de separação de poderes. Essa mixagem, no direito norte-americano, foi, inequivocamente, fruto do somatório da influência de Montesquieu com a dos institutos do direito inglês do século XVII. “*English Thought, and the patterns of English institutions, inevitable provided the starting point of american development*”²⁶, como lembra VILE.

²⁶ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967. p. 21. O autor salienta, ainda: “The general patterns of American thought in this period provides many parallels with English developments in the mid seventeenth century. The idea of mixed and balanced government dominated the scene in America until, as in England in 1640’s” (p.120).

O princípio da não cumulação das distintas funções básicas do Estado em órgãos dos mesmos poderes é dogma que não se pode afastar e um dos pilares do sistema “checks and balances”. É espinha dorsal da organização jurídico-política dos Estados Unidos da América. Tal se extrai dos trabalhos da Convenção de Wilhamsburg, (da vigência) da Estrutura da Constituição de 1797, arts. I, I e III, pela construção doutrinária de Madison²⁷, Jefferson²⁸ Adams²⁹,

²⁷ BONDY, William. *In the Separation of Powers: in History, in Theory and the Constitutions*. New York: Columbia College, 1986. p. 17: “The accumulation of all powers, legislative, executive, and judicial, into the same hands, whither of one, a few, or many whither hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny”.

²⁸ Citando Thomas Jefferson: “The concentration of these in the some hands is precisely the definition of despotic government. It will be no alliviation that these powers will be exercised by a plurity of hands, and not by a single one. One hundred and seventy - three despots would surely be as oppressive as one” (BONDY, William. *In the Separation of Powers: in History, in Theory and the Constitu-*

dentre outros. A tese da pura separação dos poderes não teve muitos adeptos no nascedouro do Estado americano. O desenvolvimento da teoria do “judicial review”³⁰ e de sua extensão é uma faceta do pensamento norte-americano, que bem demonstra o seu afastamento do modelo padrão de “separação de poderes”, entendendo-se imprescindível o controle recíproco e inaceitável o afastamento.³¹ É o que se

tions. New York: Collumbia College, 1986. p. 17).

²⁹ Reportando-se a John Adams: “It is by balancing each of these three powers against the other two, that the efforts in human nature toward tyranny can be checked and restrained, and any degree of freedom preserved” (BONDY, William. *In the Separation of Powers: in History, in Theory and the Constitutions*. New York: Collumbia College, 1986. p. 17).

³⁰ Vide Laurence TRIBE, H. *American Constitutional Law*. [S.l.]: Foundation Press, 1978. p. 11 *et seq.*

³¹ Nota: Merece consulta, para precisar a visão do jurista clássico europeu de início do século sobre o poder do judiciário norte americano, Edouard Lambert. *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* (l’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois). Paris: Marcel Giard,

observa na lição de LANCASTER:

A little thought will show that a complete separation of powers would make a government unworkable, for it would mean that each branch is set apart from the others without communication with them. The creators of the Constitution were aware of this³².

A legalidade é um dos pilares dessa idéia de separação de funções, para evitar que os poderes mais frágeis e desarmados, que são o Legislativo e o Judiciário, venham a soçobrar, ante a força, figurativa e efetiva, do Executivo.

O desmedido esgarçar da lei, o abrandamento

1921, especialmente cap. VIII. p. 109 *et seq.*

³² LANCASTER, Lane W. *Principles and functions of Government in the United States*. Toronto/New York/London: D. Van Nostrand, 1950. p.248. In the federalist, indica-se, com precisão, o fundamento último do sistema “checks and balances”: “Ambition must be made to counteract, ambition. The interest of the man must be connected whit constitutional rights of the place”.

de sua densidade e o fortalecimento, por vezes excessivo, das normas secundárias representam um enfraquecimento do modelo democrático de direito. Por outro lado, a descomodida concentração de poderes nas mãos do legislador tradicional, infelizmente, tem sido um elemento capaz, quando a função legislativa não é racionalizada, de fazer qualquer Estado tornar-se um empecilho ao desenvolvimento econômico e social. Esse crucial ponto de equilíbrio entre a legalidade e a necessidade de dinamismo através das normatizações secundárias, respeitada a densificação mínima, é o que se deve buscar, mesmo com sentidos variados, a partir das Constituições de cada Estado. É lapidar nesse sentido a lição de Hartmut MAURER, ao destacar: ***“le principe de L’Etat de droit (Rechtstaatsprinzip) exige qu’entre l’Etat et le citoyen les relations juridiques soient régies par des lois de portée générale qui n’autorisent pas simplement l’action de l’administration, mais ren-***

dent également cette action prévisible par le citoyen”³³.

Não se olvide, ainda, que o exame da densidade legal mínima deverá ser feito a partir de cada modelo constitucional. A utilização, por exemplo, de outras molduras constitucionais mais amplas para análise da questão pode levar a equívocos.

A apresentação de outros modelos jurídicos, como o francês, estruturado a partir da Carta Constitucional daquele Estado, de 1958, daqueles com maior fortalecimento do poder regulamentar, não servem como referencial, pois pertinentes a uma sociedade mais igualitária, mais democrática, menos autoritária, com uma pirâmide social não tão aguda, o que justifica permissivos previstos com maior extensão, em países como a citada França, e em menor extensão, mas com maior amplitude que no Brasil, em Estados como Portugal e a Espanha, dentro da qual lições, co-

³³ MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Alemand*. Paris: LGDJ, 1992. p. 109.

mo a já citada de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, são irrepreensíveis, embora sua leitura para o Brasil mereça adaptações, o que nem sempre é feito pela doutrina brasileira. A comparação entre sistemas é relevante, mais tem que ser limitada. O método comparativo, quando utilizado, deve ser feito não pela comparação em si, mas voltado para aquele objetivo lembrado por Rivero, qual seja:

melhor compreender nosso próprio direito. Paradoxo? Somente para aquele que desconhece a força do hábito. De tanto estudar apenas o Direito Nacional, o jurista acaba se tornando prisioneiro do seu próprio direito. As árvores se escondem na floresta. O jurista não mais enxerga as linhas essenciais que fazem a verdadeira originalidade do Sistema. Que então o especifica? Ele só pode responder por comparação^{34/35}.

³⁴ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo Comparado*. Trad. Odete Medauar. Policopiado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1984. p. 23.

³⁵ Nota: Diversa não é a lição de Capeletti, quando, dentre outras

Compare-se apenas e quando necessário para tentar melhor compreender os institutos referentes ao tema, existentes no sistema brasileiro, para apontar suas vantagens e fragilidades, pois, por mais que se compare, consideradas as peculiaridades de cada Estado, sua cultura, entre outros elementos, não se pode desfazer

finalidades do Direito comparado, destaca: “Analisi comparativa (o ‘diritto comparato’) si revela strumento importante per una visione non assolutistica, non dogmatica del diritto per vedere isomana il diritto come fenomeno reale e inquanto tale nom assoluto e immobile, ma como e aspetto fondamentale della cultura - storica e quindi essenzialmente mutavole - delle società umane, al pari della lingua, dell’arte, e CC.: e non dunque come fenomeno puramente **NORMATIVO**, autonomo, astratto dalla società e dai suoi multipli [...], ideali, aspirazioni. Qui il diritto comparato offre dunque una lezione di sano relativismo, o storicismo, contro i vizi della dogmatica tradizione, la quale [...] vedere il diritto come pura norma separata dagli altri fenomeni come l’economia, la politica l’etica delle società?” (CAPPELETTI, Mauro. *Dimensione della Giustizia nelle società contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 1984. p. 25 – grifo nosso).

uma assertiva já centenária de CORMENIN³⁶. Além disso, não se pode esquecer, no tema específico, que, nos regimes presidencialistas, a separação de poderes reveste-se de maior rigidez que nos regimes parlamentaristas. Nesse sentido merecem consulta os ensinamentos de Louis FAVOREU, GAIA e outros³⁷.

Recentemente, têm surgido inúmeros questionamentos acerca das produções normativas secundárias no Brasil, mormente após a re-

forma da Administração Pública brasileira, iniciada nos anos noventa do século passado, com a pretensão de mudança do modelo de Estado Administrador prestador, para Administração Pública reguladora. Autores de grande expressão, como Eros Roberto GRAU, embora em pequeno número, chegam mesmo a defender a existência, no direito brasileiro, de regulamentos autônomos. Defende, aquele jurista, que, no Brasil, existiriam três tipos de regulamentos: os de execução (tradicionalmente aceitos), os regulamentos autorizados e os regulamentos autônomos ou independentes. Sobre essas duas últimas espécies, afirma o estudioso:

Os regulamentos autorizados que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa explícita em ato legislativo, importam o exercício pleno daquela função - nos limites da atribuição - pelo Executivo, inclusive com a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Regulamentos autônomos, ou independentes, que são os que, decorrendo do exercício

³⁶ “Chaque pays a ses institutions, chaque institution ses problêmes, et chaque problême sa solution propre” (CORMENIN, M. de. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Pagnere, 1840, tomo 1. p. I).

³⁷ FAVOREAU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; ROUX, Andre; PFERSMANN, Otto; SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998. p. 368: **“Cette sparation dite ici rigide se caractérise par les éléments suivants. Elle suppose d’abord une specialization claire des compétences de chaque organe de pouvoir [...] À la difference du regime parlementaire, lê système présidentiel ne prévoit pás d’imbrication des compétences”**.

de função normativa implícita no texto constitucional, importam o exercício daquela função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência; envolvem, quando necessário, inclusive a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa³⁸.

Defende, como forma de adequar a autonomia desse poder, regulamentar a existência de leis-medida, em clara adoção do modelo francês, cujo acolhimento, no Brasil, dependeria de alteração constitucional, vez que as modificações no art. 84, da CF/88, pela Emenda Constitucional n. 19/98, não possibilitam exercício tão amplo de poder regulamentar. Em se afirmando, frente à Constituição vigente, os estreitos limites do poder regulamentar, não há como se postular maior amplitude ao exercício de outras expressões de poder normativo da Administração Pública, co-

mo o exercício da regulação normativa, quer exercida por entes reguladores tradicionais, estruturados sob a forma de autarquias, como o Banco Central do Brasil, quer autarquias estruturadas sob a forma de agências reguladoras, como a ANATEL, a ANP, dentre outras. Não é, nem mesmo, possível se defender que essas duas agências referenciadas no art. 21 (ANATEL) e no art. 177 (ANP), da Constituição Federal, teriam, por esse fato, competência normativa independente. Há, sem dúvida, graves problemas de compatibilidade do modelo regulatório com o princípio da legalidade, com as características que ele apresenta no modelo brasileiro.

Recorde-se que a “*separação dos poderes ou a moderna teoria da separação das funções sofre, por vezes, alguns revezes com a teoria dos entes reguladores autônomos*”³⁹, levando as discussões para o Judiciário, nas suas vá-

³⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.254.

³⁹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 219. p. 266.

rias instâncias, inclusive ao Supremo Tribunal Federal. Inúmeros têm sido os conflitos decorrentes das normatizações produzidas pelas agências, que invadem áreas sob reserva legal, violando, frontalmente, o princípio da legalidade. Deve-se repetir e reproduzir ensinamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, quando ressalta que

as determinações normativas advindas de tais entidades não de cifrar-se a aspectos estritamente técnicos, que estes sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas [...]. De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamentos legais, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei, ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros⁴⁰.

Não só, entretanto, as agências têm sido responsáveis por essas inconstitucionais lesões ao princípio da legalidade. Outros entes recentemente constituídos, com finalidades relevantes, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e até tradicionais órgãos do Poder Judiciário, como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), têm expedido resoluções com conteúdo material de lei, pois criam regramentos novos, ao lado da moldura legal existente, o que afronta a Constituição vigente.

Um dos caminhos pelos quais se tenta compatibilizar o princípio da legalidade, quer quanto à prevalência da lei, quer quanto à reserva legal, é através da figura da lei *standard* ou *skeleton type*, mas, mesmo nos EUA, exige-se, como bem lembra Andréas KRELL⁴¹ “standards suficientemente guiadoras

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 157.

⁴¹ KRELL, Andréas J. *Leis de norma geral, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 78

da ação executiva". Mister se faz, destarte, que, mesmo em se adotando o modelo de quadro, medida, standard, tal tenha densidade suficiente para não se transformar o princípio da legalidade em mero instrumento de fixação de competências. Bem ressalta Artur CAVALCANTI, invocando ensinamentos de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO:

Afirma o citado mestre que as leis de delegação ou leis de habilitação, chamadas pelos franceses de lois-cadres (leis-quadro), devem traçar contornos limitativos à ação do Executivo. Tais leis justamente delimitam o objeto sob o qual o Executivo poderá exercer posteriormente a edição de atos normativos. **A lei de habilitação fixa os princípios gerais de ingerência governamental e entrega ao Executivo o encargo de determinar e verificar os fatos e as condições em que os princípios gerais devem ter aplicação**'. Há, portanto, a necessidade de que as leis de habilitação tracem os limites

que devem ser obedecidos pelas agências reguladoras⁴².

Merece, também, referência sobre essa matéria Marçal JUSTEN FILHO, que bem leciona no sentido de que *"não se admite que a lei estabeleça um padrão abstrato, preenchível pelos mais variáveis conteúdos, e remeta à agência seu desenvolvimento autônomo"*⁴³. Na mesma linha, o posicionamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao destacar em relação aos entes reguladores:

As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados con-

⁴² CAVALCANTI, Artur. Legalidade e a regulação pelas agências no direito brasileiro. *Revista da Escola de Magistratura da 5ª Região*. Recife: ESMAFE, 2007. p.155.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 525.

tidos em lei, sem inovar na ordem jurídica⁴⁴.

Vários dispositivos de leis criadoras de agências reguladoras incorreram nessa excessiva “outorga de competência”, em verdade, delegação mascarada. O art. 19, da Lei n. 9472/97, que estabelece competências da ANATEL, pode ser citado como exemplo dessa afronta ao princípio da legalidade. Outro caso de competência normativa excessivamente ampla é a atribuída à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pelo art. 7º, da Lei n. 9.782/99.

Casos como esses têm sido objeto de controle judicial. Citem-se, dentre outras, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668 (DJU de 16.04.2004), na qual o Supremo Tribunal Federal, em relação ao citado art. 19, incisos IV e X, da Lei n. 9.472/97, fixou interpretação de conformidade com a Constituição para estabelecer que a competência da

ANATEL para fixar normas subordinar-se-ia aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e privado.

O que se observa, pois, é que, embora seja forçoso reconhecer as mazelas que afligem o Legislativo brasileiro, tais como a morosidade excessiva, captura por grupos de pressão econômica, submissão aos interesses políticos do Poder Executivo em troca de benefícios variados, mesmo assim, não se pode olvidar a realidade pertinente às normatizações ocorridas em entes cujas atuações são bem menos expostas à opinião pública, sobretudo em países como o Brasil, onde a legitimadora procedimentalização democrática e aberta dos entes reguladores independentes é quase que só formal. Saliente-se que, mesmo em países como os Estados Unidos, já com um *Act* sobre o procedimento administrativo (de 1946) bem sedimentado, fundadas críticas são tecidas à excessiva regulação a partir de *standards* legais

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 407.

pouco densos, embora aceitos a partir de visões pragmáticas, como destaca Kenneth F. WARREN:

Administrative regulators have been accepted as legitimate by a public whose attitudes are rooted in a pragmatic philosophy. The pragmatic character of the American people is yielded the commonly accepted belief that theory is fine but only as long as it is a practical as it is elegant⁴⁵.

Pode-se afirmar, pois, que a **reserva de densificação mínima da lei** é requisito para que uma normatização secundária seja compatível com a Constituição Federal, no sistema jurídico brasileiro. Tal representa respeito, não só ao

art. 5º, como também ao art. 37, *caput*, do Texto Constitucional vigente.

Ávidos têm sido os reguladores no sentido amplo de expedir normas, criar direitos, obrigações e deveres sem que tenham legitimação direta para tal e, muitas vezes, nem mesmo, a legitimação indireta, técnica, pois objeto de captura política ou econômica, sem que haja mecanismos de controle social e jurídico de utilização tão simples como o controle das leis face à Constituição. Não se olvide quantas vezes os vícios da normatização regulatória se camuflam por trás de argumentos técnicos, por vezes meros tecnicismos falaciosos. Mister, pois, inclusive por razões garantísticas, em sociedade democrática, que os textos legais tenham conteúdo mínimo efetivo, evitando normatizações primárias inconstitucionais.

Finaliza-se com uma pertinente advertência de Paulo OTERO:

A erosão da legalidade formal e tradicional disciplina-

⁴⁵ WARREN, Kenneth F. *Administrative Law in the Political System*. 3. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1997. p. 197. Sobre o “regulatory rule making”, nos Estados Unidos, sobretudo o entendimento dos tribunais americanos acerca do limite dessas delegações normativas, deve-se consultar CUSTOS, Dominique. The rulemaking power of independent regulatory agencies. *American Journal of Comparative Law*, 2006, v. LIV. p. 614-640.

dora da actuação administrativa por efeito de tais normas legais em branco, fazendo dos órgãos administrativos agentes definidores do sentido efectivo das leis envolve inevitáveis efeitos debilitadores das garantias dos particulares, correspondendo a esse aumento do papel da administração pública na concretização do direito definidor de sua própria actividade um proporcional acréscimo do protagonismo dos tribunais na fixação definitiva do sentido da legalidade administrativa⁴⁶.

⁴⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p.896.