

A AUTONOMIA DO PODER REGULAMENTAR NA CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1958

MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Prof. de Direito Constitucional na Fac. Paulista de
Direito e na Fac. de Direito da Universidade de
São Paulo.

SUMÁRIO: — *A crise legislativa — A lei e o regulamento na doutrina clássica — Intervenção no domínio econômico — A abdicação do Legislativo — A delegação de poderes — A Constituição francesa de 1958 — Domínio da lei e do regulamento — Vários tipos de regulamento — Conclusão.*

1 — O mundo em que vivemos, por mais dividido em blocos antagônicos e hostis que apareça, é hoje acima de tudo um mundo só. De fato, se os ódios raciais e ideológicos fracionam a humanidade, armando nação contra nação, nunca dantes na história apresentou o homem tal unidade de civilização e cultura. Na realidade, há muito pouco tempo conquistou a espécie humana toda a terra e há menos tempo ainda é que, pelo progresso dos meios e processos de comunicação, puderam os homens chegar a uma relativa comunhão de conhecimentos e experiências.

A grande riqueza da época atual está, sem dúvida, nesse patrimônio comum que permite a todos desenvolvimento mais fácil pela fuga aos erros alheios e às experiências infrutíferas. Em todos os campos do saber os benefícios dessa unificação podem ser aproveitados, poupando-se tempo e esforço em tentativas cuja esterilidade pode, pela lição alheia, ser de antemão prevista.

No campo do direito o mesmo se dá. Os problemas que a doutrina tem hoje de enfrentar são numa larga medida, em toda parte, iguais. Avulta por isso a importância dos estudos de direito comparado, através dos quais obtém a ciência lições seguras, com as quais melhor poderá orientar o legislador. Claro está que, sendo apenas relativa a unificação acima apontada, jamais poderá o jurista descuidar-se das circunstâncias e das condições pe-

culiares a cada Estado. As instituições jurídicas não se constroem no ar mas sôbre uma base econômico-social. Isso não quer dizer, porém, que a experiência alheia não seja aproveitável; apenas adverte contra a sua cega imitação.

2 — Problema geral é hoje a “crise” legislativa. Assim se designa a inaptidão que, na Europa e nas Américas, revelam os Paramentos em satisfazer as necessidades legislativas do Estado moderno. Tardos no andamento dado aos projetos incapazes de compreender questões técnicas como as que o planejamento econômico suscita, mais preocupados com pormenores do que com as grandes linhas de uma política, não são eles capazes de desempenhar o papel que lhes cabe no govêrno.

E o mais grave é que, na organização do Estado ocidental, fundado na divisão de poderes, ao legislativo é que compete a expressão da vontade geral. É por suas deliberações que a soberania popular enuncia sua vontade e só a vontade do soberano é que obriga. Só a lei é que obriga o cidadão a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, princípio fundamental do Estado liberal que a Constituição brasileira de 1946 ainda consagra (art. 141, § 2º). E a lei é ato do Parlamento, cuja elaboração não pode ser por êle — ensina a doutrina clássica — válidamente delegada.

Ora, concebido o Estado moderno como a providência da sociedade e como tal investido de uma missão positiva que envolve a intervenção — forçosamente pela lei — no domínio econômico e social, surge o conflito entre a tardeza dos Paramentos e a urgência dos reclamos populares. Diante disso, em quase tôda a parte, o executivo, órgão mais apto a agir depressa, tem recebido aberta ou disfarçadamente o poder de legislar, ainda que em violação aos princípios básicos da democracia ocidental.

3 — A fôrça dos fatos é maior que a fôrça dos princípios políticos. A lição da experiência não podia deixar de acarretar a revisão da doutrina, a reforma da organização política.

A propósito da “crise legislativa”, melhor documento dêsse reexame não há do que a Constituição francesa de 1958. Nela, de fato, uma nova concepção da relação lei-regulamento e, portanto, da relação legislativo-executivo é consagrada. O seu estudo interessa, pois, não apenas ao curioso de novidades estrangeiras, mas também a todo aquêlê que se preocupa com um dos problemas capitais da democracia representativa que é o do processo legislativo. Sua análise, portanto, não é gratuita nem imotivada entre nós, ao tempo em que se discute a reforma do Congresso e quicá do regime.

4 — Coube à Revolução de 1789 consagrar o dogma da primazia da lei. Tôda a Declaração dos Direitos do Homem é, aliás, um hino à lei, à qual tudo se deve submeter. Na verdade, a lei aparece ali como sagrada e intocável, medida única do justo e do injusto.

Que é, porém, a lei?

O art. 6º da célebre Declaração responde a essa pergunta, formulando a concepção fundamental da democracia tal qual ainda hoje é ela atendida. “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, à sua formação”.

Dessa forma, a lei é a manifestação básica pela qual o povo se auto-governa. É a própria voz do soberano, seja expressa diretamente em comícios, seja — como ordinariamente o é; expressa pela representação, pelo Parlamento.

A supremacia da lei é, em suma, a supremacia do povo. Para que o povo se governe, é mister que só ela proíba, que só ela consinta, que só ela determine. “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”, estipula o art. 5º da Declaração.

5 — Através do primado da lei, politicamente se firmava o princípio da soberania popular e com ela a supremacia do Parlamento. Conseqüentemente o “governo” se restringia a um “executivo”, incumbido de aplicar a lei. Ora, como o “executivo” era àquele tempo o rei de direito divino, nessa subordinação desenha-se o choque de duas concepções da soberania, que tinham tido o seu momento de equilíbrio consagrado na “separação de poderes” qual os olhos de Montesquieu a viram.

De fato, a idéia de repartir por órgãos independentes e autônomos o poder do Estado, quer na obra de Locke, quer na obra de Montesquieu, traduz um conflito de legitimidade, rei e povo em luta. Inegavelmente não cogitavam nem o inglês nem o francês de amesquinhar a função do monarca — apenas buscavam pôr freios ao arbítrio.

A lógica interna da separação iria, porém, firmar a soberania do legislativo cujas decisões, imputadas ao próprio povo, conformavam o ordenamento supremo a que toda atividade devia submeter-se. O fundamento da primazia da lei é, pois, de caráter político, é a primazia da vontade do povo manifestada por seus representantes.

6 — Na concepção clássica, portanto, a função do “governo” é estritamente subordinada. Consiste em acompanhar a execução da lei, é o “gládio a serviço da lei”, como já dizia Locke. Não passa de um “executivo”.

Dai decorre que os atos dêsse poder executivo somente são válidos, na medida em que estejam *sub lege*. Somente obrigam na medida em que podem buscar força em preceitos legais. “Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (Constituição brasileira, art. 141, § 2º). Se a lei tem assim domínio *a priori* ilimitado em conseqüência da primazia do legislativo, ao executivo e, portanto, a seus atos resta um campo subordinado, ou residual.

Para a doutrina clássica, em sua versão mais pura, nenhum ato do “governo” pode validamente ir além da execução das leis. O regulamento,

ato por que o executivo edita normas, tem apenas um terreno e um destino — o de aplainar as dificuldades para a rigorosa execução da lei. Quando muito se admite, e hereticamente, restar ao executivo e, pois, ao regulamento um campo residual — o não regido pela lei e enquanto não regido pela lei.

Em vista disso, a submissão do regulamento à lei se revela, como observa Vedel, sob três aspectos: 1º — O regulamento “deve ser editado sob as formas previstas pela lei”; 2º — “Não pode abranger senão matérias não legislativas, isto é, que não foram reservadas à lei, tomadas pelo legislador”; 3º — “O regulamento não pode contradizer a lei”.¹

Essa doutrina incorporada à democracia liberal é, aliás, a constante da ordem política e constitucional brasileira, conforme está bem claro na lei magna de 1946. Com a ressalva de os regulamentos independentes tolerados alhures estarem aqui fulminados pelo art. 141, § 2º.

7 — O dogma liberal que confundia a vontade do povo com a vontade dos representantes e, portanto, a lei com a decisão do Parlamento, se ajusta a uma concepção restritiva da missão do Estado. Essa concepção é a do *État-gendarme*. Este, por não se imiscuir com problemas econômicos, por não pretender mais que assegurar a ordem, a segurança, a paz, condições da iniciativa individual à qual com exclusividade incumbia a conquista do pão e a melhoria do nível de vida, exigia poucas leis e destas o alcance e o conteúdo não escapavam ao senso comum. As assembleias tinham por isso, enquanto essa concepção predominou, todo o vagar e toda a aptidão para discutir e votar essas leis, sem que à espera das mesmas a vida econômica e o progresso social se paralisassem.

A mudança do *consensus* relativamente à missão do Estado sem reflexo imediato no processo legislativo veio semear a crise. De fato, desde o instante em que o *État-gendarme* cedeu o lugar ao *Welfare State* surgiram dificuldades, e crescentes, para que os Parlamentos desempenhassem a sua função técnica — a de editar as regras jurídicas iniciais — a contento.

Na medida em que o Estado assume o papel de providência de distribuidor do bem-estar — do pão, do ensino e até do circo... — na medida em que ele invade esferas deixadas até então ao indivíduo, fixando preços e salários, fomentando empreendimentos e éle próprio empresando, estipulando condições de trabalho e criando novas oportunidades, o volume da legislação necessária — porque só a lei obriga... — aumentou avassaladoramente. A primeira das causas da “crise” legislativa está aí: “o acréscimo da massa de trabalho que se ergue até um nível sem relação com o tempo de que dispõem os parlamentares”.²

1 *Cours de Droit Constitutionnel*, Paris, 1958-59, pág. 973.

2 Jean Meynaud, “*L'exécutif dans l'Etat moderne*”, in *Bulletin International des Sciences Sociales*, Unesco, vol. X, nº 2, 1958, pág. 196.

Essa intervenção no domínio econômico, porém, envolve medidas mais sutis e delicadas que a proibição do trabalho de menores impúberes ou a criação de férias anuais. Para que seja eficaz, torna-se urgente interferir na taxa de câmbio, restringir ou ampliar o crédito, para financiá-la, impõe-se emitir e contrair empréstimos. E como essa intervenção no inteiro de impedir fraudes, de evitar imprevistos, tende a aprofundar-se sempre, cada vez mais importantes se tornam essas decisões. Pior, de seu acerto e da prontidão com que sejam tomadas, passa a depender toda a vida econômica e social do país.

Dessas decisões é que irão depender, em última análise, as condições de vida de cada um. Afetam elas, em profundidade, o modo de viver de todas as classes e grupos sociais, atingem e ferem interesses ponderáveis e poderosos. Sua tomada, pois, acarreta impopularidade, enfrenta pressões e resistências, a que os parlamentares são especialmente sensíveis. Eleitos em circunscrições geograficamente determinadas, de extensão em geral reduzida e em geral caracterizadas pelo predomínio de uma ou duas atividades econômicas, não podem deixar de ser sensíveis aos interesses particulares de seus eleitores. Daí o sobrepô-lo aos interesses gerais é um pequeno passo, ainda mais que os *lobbies*, os grupos de pressão cuidarão da sua catequese e de sua justificação.

Por outro lado, essas decisões são sempre complexas, implicando conhecimentos técnicos evidentemente fora da bagagem normal do parlamentar comum. O seu alcance não é muitas vezes compreensível sem largo estudo, seus pormenores dificilmente mostram sua conexão com o todo. O parlamentar, por tudo isso, não raro queda perplexo, sobretudo porque a consulta a assessores técnicos só mostra dissídios de interpretação e de doutrina. É justo, pois, que o deputado hesite e tente postergar as decisões. Ou que lute por modificações de pormenor na aparência, mas que podem destruir a concatenação de um plano.

Enfim, grande número dessas decisões dependem, para ser eficazes, do sigilo. É esse o caso das desvalorizações monetárias, é o caso das medidas relativas à defesa. Ora, o processo parlamentar se baseia exatamente na publicidade e mesmo que seja possível a sessão secreta, nenhum segredo resiste se partilhado por meio milhar de pessoas que têm espôsas, amigos íntimos e secretários fiéis.

8 — Esses fatores, e outros mais, provocaram, como provocam, o congestionamento dos Parlamentos e forçaram sua abdicação. De fato, a pressão popular, a força das necessidades obrigaram os Parlamentos a ceder, a princípio disfarçadamente, depois ostensivamente, o poder de legislar ao executivo.

Este é sempre no que é poder de decisão, um órgão de número reduzido de membros: o presidente e seu ministério, o *premier* e seu gabinete. E, por isso, capaz de resoluções prontas e sigilosas. Conta com uma asses-

soria organizada, mais facilmente compreende e aceita a inteireza de um plano. Tècnicamente, portanto, está mais apto a satisfazer as necessidades normativas do *Welfare State*.

Essa razão técnica, entretanto, seria frágil se desacompanhada de uma forte razão política. O executivo, o govêrno não é mais hoje o monarca de direito divino, é êle ou o fruto de eleição — popular no presidencialismo — ou a cúpula da representação popular — no parlamentarismo. Não se pode negar que também represente o povo e, de certo modo, por sua escolha implicar sempre numa maioria, seja de votos populares, seja, de votos parlamentares, represente mais o povo que um deputado ou que um grupo de deputados. Melhor, é para êle sempre que se voltam em primeiro lugar as vistas e os reclamos do eleitorado.

Essa razão política impeliu em tôda parte o executivo a assumir as principais tarefas ínsitas no Estado-providência. Essa razão o leva a chamar a si as missões que o Parlamento reluta, ou tarda em desempenhar.

9 — No campo legislativo, o executivo vinha penetrando a fundo desde há muito, mas sempre com o beneplácito expresso ou silente das câmaras. Se estas abdicavam mais e mais na prática do poder de legislar, nas constituições, nos textos, conservavam o monopólio legislativo.

Exemplo bem claro dessa progressiva transformação do executivo em poder legiferante é fornecido pela experiência francesa, que indubitavelmente inspirou o constituinte de 1958. O primeiro passo foi dado por volta de 1918, ao tempo da Primeira Guerra Mundial, quando o Parlamento autorizou o govêrno a editar decretos com fôrça de lei, em razão das necessidades bélicas, apesar de ser indiscutível a inconstitucionalidade dessa medida.³

Depois da guerra, a crise financeira em 1924 e em 1926 provocou nova abdicação do Parlamento em favor do executivo que passou a legislar por decreto, o que era facilitado pela ausência de contrôle de constitucionalidade.⁴ Enfim, a partir de 1934, pelas chamadas “leis de plenos poderes”, a delegação tornou-se habitual.

Por essas leis era o govêrno autorizado a editar regras jurídicas com fôrça de lei, sob a condição de pedir sua ratificação, num prazo fixado, ao Parlamento, permanecendo, todavia, essas regras em vigor até serem rejeitadas.

Como observa a propósito dessa delegação Jean de Soto — “processo adotado, o vago das fórmulas utilizadas faziam claramente aparecer essas leis de plenos poderes como umra demissão do Parlamento: as câmaras

3 Cf. Maurice Duverger, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1958, pág. 446.

4 *Id.*, *ibid.*

renunciam a seu poder e se desonram, porque não ousam enfrentar as grandes dificuldades".⁵

Tentando reagir contra essa tendência, o constituinte de 1946 expressamente proibiu a delegação. O art. 13 da Constituição era claro: "A Assembléia nacional vota sòzinha a lei. Ela não pode delegar êsse direito".

Já em 1948, todavia, ela reapareceu ainda que de forma disfarçada. Em lei de 17 de agosto dêsse ano, duas técnicas novas apareceram. Uma, a das "lois-cadres", outra, a da "extensão" do poder regulamentar".

A primeira técnica, em seus traços principais, consistia em o Parlamento, fixando certos princípios gerais (o "quadro"), determinar que o govêrno apresentasse, em certo prazo, projeto de lei sôbre determinada matéria, projeto êsse que entraria em vigor como lei, se, decorrido certo lapso de tempo, não fôsse rejeitado pela Câmara.⁶

A segunda — ensina Duverger — "repousa sôbre a idéia nova no direito público francês — de uma delimitação de matérias entre a lei e o regulamento, tendo o Parlamento competência para estabelecer essa delimitação". Assim, podia o Parlamento passar determinada matéria para a esfera regulamentar, "deslegalizando" as leis existentes sôbre a mesma, que podiam então ser ab-rogadas, derogadas ou substituídas por decreto.⁷

Como se isso não bastasse, em 1954 voltou o velho sistema dos decretos-leis, em têrmos equivalentes aos que vigiam na década 1930-1940.

10 — Essa delegação do poder legislativo não é, porém, um fenômeno particular, inexistente fora da França. Ao contrário, como assinala Jean Meynaud, é, atualmente, um fenômeno quase universal.⁸

Na Grã-Bretanha, abertamente, nos Estados Unidos, difarçadamente, a delegação tornou-se freqüente.

Na Grã-Bretanha, o "Donoughmore Report" enumera várias formas por que se opera essa delegação.⁹ Nos Estados Unidos, essa delegação se reveste em geral do disfarce de se deixar campo extremamente vasto para a "regulamentação", a ponto de, na verdade, a regra regulamentar vir a constituir a substância da legislação, substância mutável segundo bem parecer ao executivo. E como relata Corwin, reiteradamente essa delegação tem sido julgada válida pelos tribunais.¹⁰

5 Jean de Soto, "La Loi et le Règlement dans la Constitution du 4 Octobre 1958", in *Revue du Droit Public et de les Science Politique*, LXXV, n° 2, 1959, pág. 255.

6 Cf. Duverger, ob. cit., págs. 538-9.

7 *Id.*, *ibid.*, pág. 539.

8 Ob. cit., pág. 197.

9 V. o seu resumo em Manuel Garcia Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1959, pág. 312.

10 Edward S. Corwin, *The President: office and powers*, Nova York, 1962 págs. 122 a 125.

Entre nós, se tôdas as Constituições republicanas, que efetivamente vigoraram (1891-1934-1946), sempre vedaram a delegação, expressa ou implicitamente, salvo a de 1946 no breve tempo em que vigiu a alteração editada pela Emenda Constitucional nº 4, como é lição unânime de nossos constitucionalista,¹¹ bem freqüente tem sido essa delegação, ainda que disfarçada. De fato, observava Araújo Castro em 1918, “na República, as mais importantes reformas têm sido feitas, em virtude de autorização legislativa”.¹² E, nota Vitor Nunes Leal, “o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1891, muitas vêzes contornou o obstáculo da nulidade das delegações (sustentada por eminentes juristas), ampliando o conceito do poder regulamentar do Presidente da República”,¹³ o que, aliás, continuou a fazer mesmo depois de expressa a proibição. Não escapa, destarte, o Brasil, da delegação por fórmulas oblíquas,¹⁴ especialmente por meio de regulamentos que inovam.¹⁵

11 — Em sua letra e espírito, é incontestável que a Constituição de 1958 valoriza o governo em detrimento das câmaras. De fato, perde nessa Constituição o Parlamento o monopólio da representação da vontade popular e seu funcionamento é pôsto sob o contrôle do Presidente da República que, inclusive, é o senhor absoluto de suas convocações extraordinárias. A admissão do *referendum* como forma quase que normal de expressão da vontade popular, conforme deflui do art. 3º, *caput* da Constituição, indubitavelmente assinala o seu amesquinamento.¹⁶ Por outro lado, o art. 5º da mesma Constituição o coloca sob a arbitragem presidencial, destinada esta embora a assegurar “o funcionamento regular dos poderes públicos bem como a continuidade do Estado”.¹⁷ Enfim, prevendo o art. 30 da Constituição que as sessões extraordinárias do Parlamento devem ser abertas ou fechadas por decreto presidencial, foi entendido que está o Presidente constitucionalmente habilitado a denegar essa

11 Cf. Maximiliano, Pontes de Miranda, T. Cavalcânti etc.

12 *Manual da Constituição Brasileira*, Rio, 1918, pág. 104.

13 *Problemas de Direito Público*, Rio, 1960, pág. 102.

14 Temistocles Cavalcânti, “O principio da Separação de Podêres” in *Cinco Estudos*, Rio, 1955, pág. 12.

15 Como freqüentemente os de leis tributárias.

16 O texto integral desse artigo (trazido pelo autor) é:

“A soberania nacional pertence ao povo que a exerce por seus representantes e por meio do *referendum*. Nenhuma seção do povo, nenhum individuo pode atribuir-se o seu exercício. O sufrágio pode ser direto ou indireto nas condições previstas pela Constituição. Ele é sempre universal, igual e secreto. São eleitores, nas condições determinadas pela lei, todos os nacionais franceses maiores, dos dois sexos, gozando de seus direitos civis e políticos”.

17 Texto integral: “O Presidente da República vela pelo respeito da Constituição. Assegura por sua arbitragem o funcionamento regular dos poderes públicos bem como a continuidade do Estado”. É ele o fiel da independência nacional, da integridade do território, do respeito aos acôrdos de Comunidade e dos tratados”.

convocação, apesar do art. 29 do mesmo texto dar ao Primeiro Ministro e maioria da Assembléia nacional o poder de pedi-la.^{18 e 19}

Se o Parlamento é assim amesquinhado, o govêrno, e não mais poder executivo, na linguagem constitucional, é em tôda a linha valorizado, o que se nota até por preceder o título a êle destinado o referente ao Parlamento, contrariamente a uma antiga e difundida tradição. Particularmente essa valorização se manifesta na nova relação entre a lei — ato criador de regras do Parlamento — e o regulamento — ato criador de regras do govêrno.

12 — Como se viu acima,²⁸ tradicionalmente é ao Parlamento que cabe editar as regras jurídicas gerais apenas condicionadas pela Constituição — as leis — pelas quais devem ater-se não só os cidadãos como também os próprios órgãos do Estado, inclusive o govêrno. A Constituição francesa de 1958, porém, rompe com êsse princípio clássico do direito constitucional.

De fato, ela enumera taxativamente as matérias a propósito das quais o Parlamento pode criar regras, editar leis, atribuindo essa criação nas matérias remanescentes ao govêrno. É o que se depreende do confronto entre o art. 34 e o art. 37 da Constituição, aquêle enumerando as matérias do domínio da lei, êste dispondo que as matérias não enumeradas pelo outro têm “caráter regulamentar”. Donde decorre que as leis anteriormente editadas nessas matérias, perdem o caráter de leis e podem ser modificadas ou ab-rogadas por decreto governamental.²¹

Pertencem ao domínio da lei as regras concernentes:

18 Texto integral: Art. 29: “O Parlamento reúne-se em sessão extraordinária a pedido do Primeiro Ministro ou da maioria dos membros componentes da Assembléia Nacional, para apreciar um temário determinado. Quando a sessão extraordinária se reúne a pedido dos membros da Assembléia Nacional, é ela levantada logo que o Parlamento esgotou o temário para o qual foi convocado e no máximo doze dias depois de sua reunião. O Primeiro Ministro apenas pode pedir nova sessão antes de expirado o mês que segue ao decreto de encerramento”.

Art. 30. “Fora dos casos em que o Parlamento se reúne de pleno direito, as sessões extraordinárias são abertas e fechadas por decreto do Presidente da República”.

19 Essa interpretação, apesar de criticada pela doutrina (V. Georges Berlia, “*La Convocation d’une Session Extraordinaire du Parlement et la Nature du Régime*”, in *Revue du Droit Public*, vol. 76, n. 2, 1960, pág. 303 e seg.) é que prevaleceu na única oportunidade em que parlamentares pretenderam usar do direito conferido pelo mencionado art. 29. Havendo a maioria parlamentar reclamado a convocação do Parlamento, a 17 de março de 1959, o Presidente da Assembléia Nacional solicitou ao Presidente da República que êste firmasse o decreto previsto no art. 30. Êste, todavia, recusou-se a fazê-lo, expondo suas razões em ofício datado do dia seguinte. Fundou-se êle para jeitar êsse requerimento em ser inconveniente a reunião do Parlamento naquele momento político (V. o texto do ofício em apenso ao Trabalho de Berlia referido acima).

20 No cap. 1º dêste trabalho.

21 V. Marcel Waline, “*Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*”, in *Revue de Droit Public*, vol. 75, n° 4, 1959, págs. 707/8.

“aos direitos cívicos e às garantias fundamentais conferidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; às sujeições impostas pela Defesa Nacional aos cidadãos quanto à sua pessoa e a seus bens”;

“à nacionalidade, ao estado e à capacidade das pessoas, aos regimes matrimoniais, às sucessões e liberalidades”;

“a determinação dos crimes e delitos bem como das penas que lhes são aplicáveis; ao processo penal; à anistia, à criação de novas ordens de jurisdição e ao estatuto dos magistrados”;

“ao fato gerador, à alíquota e às modalidades de cobrança dos tributos de qualquer natureza; ao regime de emissão da moeda”;

“ao regime eleitoral das assembleias parlamentares e locais”;

“à criação de categorias de estabelecimentos públicos”;

“às garantias fundamentais concedidas aos funcionários civis e militares do Estado”;

“às nacionalizações de empresas e às transferências de propriedade de empresas de setor público para o setor privado”.

Cabe ainda à lei fixar “os princípios fundamentais”:

“da organização geral da Defesa Nacional”;

“da livre administração das coletividades locais, de suas competências e de seus recursos”;

“do ensino”;

“do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais”;

“do direito do trabalho, do direito sindical e da previdência social”.

Se tôdas essas matérias podem ser objeto de regras criadas pelo Parlamento, note-se, todavia, que, a propósito de não poucas, só cabe às câmaras fixar “princípios gerais”. E entre estas encontram-se o regime da propriedade e dos direitos reais, as obrigações civis e comerciais, o direito do trabalho, o direito sindical é previdenciário.

Por outro lado, a competência para editar regras em tôdas as matérias previstas no art. 34 pode ser delegada, nos termos do art. 38. ²² Opera-se

²² Texto integral: “O Governo pode, para a execução de seu programa, pedir ao Parlamento autorização de tomar por decretos-leis (*ordonnances*), durante um prazo determinado, medidas que são normalmente do domínio da lei. Os decretos-leis são resolvidos em Conselho de Ministros, após consulta ao Conselho de Estado. Entram em vigor desde a sua publicação mas se tornam caducos se o projeto de lei de ratificação não é apresentado ao Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. Expirado o

uma completa reviravolta, portanto, entre o 1946 e 1958 sobre a delegação do poder legislativo.

13 — Todas as matérias não enumeradas no art. 34, como já se disse, pertencem ao domínio regulamentar, — estão dentro da esfera normativa governamental.²³ O sagrado princípio liberal de que só a lei, expressão da vontade parlamentar (que era sinônimo de vontade popular) é que obriga ou veda, esboroa-se, portanto, e com êle o dogma da supremacia do Parlamento (aliás há muito traído).

A inovação é de grandíssima importância mas não escandalosa. Nem é porta aberta para a ditadura.

Não é escandalosa para o democrata porque, desaparecido o soberano de direito divino, não tem este razão mais para encarar com desfavor o governo, ou executivo. Na verdade, o executivo contemporâneo tem origem na escolha popular, direta no presidencialismo, indireta no parlamentarismo democrático.²⁴ Pode êle, pois, tão bem quanto o Parlamento e não raro melhor exprimir a vontade popular.

Nem facilita o caminho para a ditadura. Sem dúvida, operando a concentração do poder de criar regras e do de aplicá-las nas mesmas mãos, oferece um risco para a liberdade. Esse risco é, todavia, amortecido pela divisão de matérias entre a lei e o regulamento, pela qual as que mais importam para a liberdade individual permanecem no domínio parlamentar.

Assinala-se, por outro lado, que o caráter opressivo dessa concentração não pode ser aceito como dogma. De fato, a experiência britânica onde o sistema bipartidário opera a concentração, prova o contrário.

prazo mencionado acima, os "decretos-leis não podem mais ser modificados a não ser pela lei nas matérias que são do domínio legislativo".

23 Em razão do mencionado art. 37 cujo texto integral é o seguinte:

"As matérias outras que as que são do domínio da lei, tem caráter regulamentar. Os textos de forma legislativa adotados nessas matérias podem ser modificados por decretos baixados após parecer do Conselho de Estado. Dêsses textos, os que forem baixados após a entrada em vigor da presente Constituição não poderão ser modificados por decreto salvo se o Conselho Constitucional declarar que têm caráter regulamentar em virtude do acima disposto".

24 Pode parecer estranho essa adjetivação do parlamentarismo, já que todo parlamentarismo parece ser necessariamente democrático. Não o é, porém, sempre no fundo (como também não o é sempre o presidencialismo). Há um parlamentarismo oligárquico, o qual se caracteriza exatamente por não ter o povo real interferência na escolha do "Premier" ou na constituição do gabinete. É o que sucede com o parlamentarismo onde há sistema multipartidário. V. a êsse propósito, do autor dêste: "Democracia, Organização política e regime de governo", in *Revista da Universidade Católica de São Paulo*, vol. XXVII, fasc. 51-52, 1964 especialmente págs. 377 e seg. "Aspectos políticos do confronto Parlamentarismo versus Presidencialismo", in *Sociologia*, vol. 24, número 3, setembro, 1962, pág. 203.

Não se há de negar, todavia, que essa técnica apresenta menor risco no parlamentarismo do que no presidencialismo. Naquele — é verdade — o governo depende da confiança do legislativo. É emanação dêste, representante dêste, se se pode assim dizer, e deixará o poder logo que sua ação o descontentar. Editaria normas, pois, sob o controle do Parlamento.

14 — Em face das disposições já referidas, sob a Constituição francesa de 1958 nós podemos distinguir, à primeira vista, três tipos de regulamento, se encararmos sua relação com a lei: o regulamento de execução, o regulamento de complementação e o regulamento autônomo.

O primeiro não foge à linha clássica. Destina-se a facilitar ou a propiciar a execução das leis. Cabe nas matérias reservadas pelo constituinte à lei, mas somente pode explicar o que nesta seja determinado, sem criar obrigação nova (no fundo). Conserva êsse regulamento, pois, caráter totalmente subordinado.

O segundo visa a editar regras que decorram dos princípios adotados pelo legislador nas matérias em que lhe cabe apenas traçar as linhas fundamentais. Esse regulamento se subordina aos princípios contidos na lei, mas evidentemente não apenas explicita regras. Substancialmente cria regras dentro de certas linhas afixadas pela lei. Essa forma de regulamento se acha numa zona cinzenta entre a velha e a nova concepção.

O terceiro é propriamente a novidade. É o regulamento autônomo, legalmente incondicionado, expressão do que Vedel chamou de “poder normativo governamental”.²⁵ Por êle o governo edita regras somente subordinadas à Constituição. Em seu campo, que é o geral, pode mesmo alterar ou revogar leis anteriores.

Esse regulamento autônomo é, como se vê, fruto evoluído do precedente lançado pela mencionada lei de 17 de agosto de 1948. Esta, de fato, foi a primeira a discriminar um domínio regulamentar por natureza e, como consequência, admitir leis anteriormente editadas nessas matérias poderiam daí por diante ser revogadas por simples decreto. Todavia, na lei de 1948 o domínio regulamentar por natureza era exceção, no silêncio da lei a matéria pertencia à competência legislativa, ao passo que, na Constituição de 1958, o domínio regulamentar por natureza é a regra, e o legal, a exceção. Além disso, no sistema criado pela lei de 1948, a enumeração podia ser modificada por outra lei e nada impedia que o Parlamento votasse leis sobre matérias “por natureza” regulamentares. Destarte o campo regulamentar permanecia à mercê das câmaras. Ao invés, hoje, o campo regulamentar é rigorosamente protegido contra o legislador,²⁶ de modo que se pode dizer que a criação de regras jurídicas novas é basicamente

25 *Droit Administratif*, II, 1^o: id., 1959, pág. 631.

26 V. adiante.

uma função do governo (ainda que em certas matérias partilhada), no direito constitucional francês.

Não faz dúvida, pois, que hoje o governo “legisla” na França.

15 — Essa inovação, todavia, encontrou forte resistência, não só entre os juristas apegados às concepções clássicas, como também no próprio Conselho de Estado. Este tribunal administrativo reconheceu os regulamentos autônomos suscetíveis de impugnação pelo recurso por excesso de poder, da mesma forma que os regulamentos de execução. E entendeu deverem êsses regulamentos respeitar os princípios gerais do direito, sempre que não tiverem de curvar à lei.²⁷

Assim a prática veio dar ao regulamento autônomo uma autoridade menor que a da lei, ainda que seja inegável poder o mesmo criar regras jurídicas, impondo obrigações e concedendo faculdades não previstas em lei alguma.

16 — A autonomia do poder regulamentar conferido pela Constituição ao governo francês através do art. 37 ressalta, se se assinalar com Vedel, que, se a lei fundamental prevê em favor do governo meios constitucionais de impedir a invasão de seu domínio pelo Parlamento, não assegura do mesmo modo a proteção do domínio legal contra os abusos governamentais.²⁸

De fato, observa o mestre, que pode o governo, ao tomar conhecimento de iniciativa parlamentar que ultrapasse os lindes de sua competência, com base no art. 41 da Constituição, reclamar que a mesma não seja objeto de apreciação, o que, se outro fôr o entender do Presidente de Câmara, enseja manifestação do Conselho Constitucional. Pode ainda, se deixou passar a primeira oportunidade, antes de promulgação, alegar a inconstitucionalidade da medida e reclamar sua declaração pelo mesmo Conselho.³⁰

É certo, ainda, que se a lei invasora da competência regulamentar não houver sido combatida pelos dois modos acima, a qualquer momento po-

27 Cf. Georges Vedel *Droit Administratif*, 2ª ed., Paris, 1961, págs. 37/8.

28 *Id.*, págs. 32/33.

29 O texto citado: ...

“Se se verifica no curso do processo legislativo que um projeto ou uma emenda não pertence ao domínio da lei ou é contrário a uma delegação concedida em virtude do art. 38, o Governo pode pedir não seja o texto objeto de deliberação (*opposer l'irrecevabilité*). Em caso de desacôrdo entre o Governo e o Presidente da câmara interessada, o Conselho Constitucional, a pedido de um ou de outro, deve decidir no prazo de oito dias”.

30 Cf. Vedel, *ob. cit.*, pág. 32.

derá ela ser modificada ou ab-rogada por decreto, nos termos do art. 37 da Constituição.

Por outro lado, não pode o Parlamento impedir a promulgação de regulamento que invade o domínio, por natureza, da lei. Pode êle, sem dúvida, substituir suas regras por outras, votando lei sobre a mesma matéria. Faltam-lhe, todavia, meios de impedir a entrada em vigor desse regulamento, o que poderá ter sérias consequências.

Resta observar que, como ensina ainda Vedel, o regulamento autônomo que invadir o domínio da lei, poderá ser impugnado por incompetência, pelo particular que nisso tiver interesse. Assim, a defesa do domínio legislativo cabe ao particular, pelo recurso por excesso de poder, em especial.³¹

A desigualdade é, pois, flagrante.

17 — Cumpre salientar, que, o govêrno exerce êsse poder normativo com a colaboração do Conselho de Estado. O art. 37 exige que o Conselho dê seu parecer sobre os textos, elaborados pelo Govêrno, que venham alterar leis em vigor, evidentemente leis em matéria hoje regulamentar (não legislativa). Êsse parecer, todavia, se tem o govêrno a obrigação de ouvir, não tem êle a de o seguir. De qualquer forma, porém, o prestígio desse órgão, na prática, faz com que seus pareceres sejam acatados pelo govêrno, ainda que os mesmos não tenham de ser necessariamente seguidos pelo Conselho quando agir como órgão supremo do contencioso administrativo.³²

Por outro lado, êsse poder normativo só pode modificar textos legais, editados depois de em vigor a atual Constituição, cujo objeto escapa ao domínio fixado pelo art. 34, após manifestação do Conselho Constitucional que reconheça o caráter regulamentar da matéria. Tal se justifica, pois, em virtude dos recursos com que conta o govêrno para impedir a aprovação de leis de matéria "regulamentar", deve-se presumir ser de matéria "legislativa" a lei em vigor, até reconhecimento do contrário.

Conclusão:

18 — Como se salientou com insistência, a relação clássica entre lei e regulamento era, antes de mais nada, o fruto de uma posição política: a afirmação da supremacia do Parlamento, expressão do povo soberano. Daí decorre o caráter estritamente formal que tem a distinção entre uma e outro na concepção tradicional: a primeira — a lei — ato do Parlamento; o segundo — o regulamento — ato do Executivo, pois entre seus objetos não havia de modo geral diferença de natureza.

Vinculada a uma situação política, ao conflito entre o príncipe e o povo, essa concepção já sobreviveu por tempo demasiado ao fim dessa luta. Afirmar

31 *Id.*, pág. 33.

32 *Id.*, pág. 337.

a supremacia de lei, era afirmar a supremacia do povo, já que êste elegia o Parlamento, mas não escolhia o rei. Desde o instante em que também o executivo passou a provir do povo, o fundamento político da supremacia da lei se esborôa.

Dir-se-á que outra base ainda a sustenta, qual seja a inclinação opressora do executivo, órgão sempre pronto a abusar do poder, a transformar-se em ditador. Essa fundamentação não resiste a um instante de reflexão. Se o executivo é inclinado a aspirar a todo o poder, não é a supremacia da lei que o impedirá de consegui-lo. Ainda mais que o executivo é hoje — sempre no parlamentarismo — normalmente no presidencialismo — a cúpula do partido ou da coligação majoritária do Parlamento. Assim, a sua liderança em matéria legislativa é inegável e pode ser mostrada pela proporção de leis originadas de propostas do governo em relação ao total, proporção sempre crescente e de há muito superior a três por uma.

As exigências do *Welfare State* em matéria legislativa (substancialmente legislativas) são sempre crescentes, da mesma forma que a precisão de regras de emergência, num mundo em contínua guerra, “fria” ou “quente”. Mais ainda, há imperiosa urgência na adoção de regras e indispensável necessidade de coordenação entre as normas gerais e normas individuais que tornam conveniente estabeleça o mesmo órgão aquelas e estas. Tais fatos impelem o executivo, o governo, a reclamar um poder normativo inicial e, na verdade, a força das coisas lho tem dado, sob disfarces ou abertamente, em quase tôda a parte. De fato, a freqüência, a habitualidade, a generalização da “legislação delegada” fornece a contraprova do que se afirmou acima.

Se o governo é quem recebe a missão de realizar a política por que o povo optou, se o seu *leadership* político é indiscutível, cumpre dar-lhe meios de desempenhar essa tarefa. Cumpre admitir em seu favor poder normativo inicial.

19 — Em razão disso é que avulta a solução francesa. Ela reconheceu a necessidade, a força das realidades e confere êsse poder. Não é, porém, radical. Reservando à lei certas matérias consideradas mais importantes para a liberdade pessoal, não suprime o papel legislativo do Parlamento. Ao contrário, conserva-o em pontos essenciais. Mais do que isso, restringindo sua competência, dá-lhe meios de não abdicar, pois lhe atribui trabalho à medida de suas forças.

Embora com alteração, uma solução como essa seria conveniente para o nosso país. Daria maior flexibilidade e eficiência ao governo sem reduzir à impotência o Congresso. Seria mais conveniente que a adoção da delegabilidade do poder legislativo, pela qual, normalmente, o Congresso se despolaria de efetiva participação na feitura das leis, com a agravante de, em regime presidencialista, não depender o governo de sua confiança. Por outro

• lado, o contróle jurisdicional de constitucionalidade resguardaria o sistema contra quaisquer usurpações.

Sem dúvida, o nosso regime de govêrno — o presidencialista — exige que a discriminação das matérias a serem deixadas ao poder normativo governamental fôsse revista exatamente pelo motivo indicado acima — a ausência de confiança necessária do Congresso no govêrno. Não basta isso, porém, para contra-indicar a medida.

Tal inovação, é bem de ver, rompe com os hábitos e com as tradições mas, como diz Waline, “o direito não é feito para a comodidade dos juristas.”³³

³³ Marcel Waline, “*Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*”, in *Revue du Droit Public*, Paris, vol. 75, nº 4, julho de 1959, pág. 717.