

Recebido em: 05/07/2023  
Aprovado em: 30/08/2023

DOSSIÊ

# LEI E REGULAMENTO NA VISÃO DO MINISTRO BARROSO

*LAW AND ADMINISTRATIVE ORDINANCE  
ACCORDING TO JUSTICE BARROSO*

*André Rodrigues Cyrino<sup>1</sup>  
Caio César Alves Ferreira Ramos<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Decisões pró-regulamento e objeções à lei. 1.1. Regulação de matérias técnicas, tipicamente administrativas e nas quais a lei pode não produzir o resultado esperado pela Constituição. 1.2. Concretização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais. 1.3. Disciplina da organização e do

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *Master of Laws* pela *Yale Law School* (EUA). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV). Procurador do Estado de São Paulo.

funcionamento da Administração Pública. 2. Decisões pró-lei e objeções ao regulamento. 2.1. Regulação de assuntos para os quais não haja consenso técnico-científico estabelecido e controle da regulamentação administrativa sobre questões técnicas. 2.2. Alteração da organização e do funcionamento da Administração Pública fora dos limites constitucionais. 2.2.1. Limites decorrentes de reservas legislativas. 2.2.2. Limites decorrentes da reação a posturas autoritárias. Conclusão. Referências

**RESUMO:** O artigo realiza um estudo de casos julgados pelo Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de identificar a sua visão a respeito da expansão da atividade normativa da Administração Pública e os seus impactos sobre o princípio da legalidade. O intuito inicial é descrever como as decisões e votos do Ministro Barroso buscam delimitar um campo legítimo para o regulamento administrativo, sem comprometer o princípio da legalidade. Os julgados analisados demonstram que o Ministro não adota uma leitura binária acerca da legalidade administrativa. As suas decisões não são pautadas apenas por uma noção estática de reservas legislativas ou de outros critérios formais que determinem um domínio próprio da lei e, por exclusão, do regulamento. Ao contrário, suas opiniões revelam uma compreensão dinâmica acerca das possibilidades e limites do poder regulamentar, determinados, em cada situação concreta, à luz de parâmetros materiais extraídos da Constituição. Identificamos que um dos resultados dessa abordagem é o crescimento da demanda e da oferta de controle de constitucionalidade sobre os regulamentos administrativos. Por um lado, isso atende a preocupações democráticas contemporâneas acerca da concentração de poderes normativos no Poder Executivo, limitando o seu uso abusivo. Mas, por outro, acaba por ampliar a legitimidade e as possibilidades da regulamentação administrativa, pois, à medida em que se incrementam os caminhos de controle, pode-se argumentar que se diminuam as chances de arbítrio pelo administrador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito administrativo. Regulamento administrativo. Princípio da legalidade. Legalidade administrativa. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luís Roberto Barroso.

**ABSTRACT:** The article presents a study of cases judged by the Brazilian Supreme Court Judge Luís Roberto Barroso in order to identify his views regarding the expansion of normative activity by the Public Administration

and its impacts on the legality principle. The initial purpose is to describe how Barroso's decisions and votes seek to establish a legitimate scope for administrative ordinance without compromising the legality principle. The analyzed cases demonstrate that Barroso does not adopt a binary interpretation of administrative legality. His decisions are not guided only by a static notion of legislative reserves or other formal criteria that define a domain exclusive to the law and, by exclusion, to administrative ordinance. On the contrary, his opinions reveal a dynamic understanding of the possibilities and limits of administrative ordinance, determined in each specific situation considering material parameters extracted from the Constitution. We identified that one of the outcomes of this approach is an increase in demand and supply of constitutional review over administrative ordinance. On one hand, this addresses contemporary democratic concerns about the concentration of normative powers in the Executive branch, limiting its abusive use. However, on the other hand, it ends up amplifying the legitimacy and possibilities of administrative ordinance, because the increase in the pathways of control can be argued to decrease the chances of arbitrary decisions by administrators.

**KEYWORDS:** Administrative law. Administrative ordinance. Legality principle. Administrative legality. Constitutional review. Federal Supreme Court. Supreme Court Judge Luís Roberto Barroso.

## INTRODUÇÃO

A comemoração dos dez anos da investidura do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal faz recordar suas singulares trajetórias acadêmica e forense, marcada por uma dedicação obstinada à promoção da efetividade da Constituição. No exercício da docência na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da advocacia (pública e privada), as suas contribuições foram pioneiras e cruciais para a superação de um longo período da nossa história em que o texto constitucional não passava de um instrumento de retórica, esvaziado de qualquer efetividade (BARROSO, 1994, p. 30). Nessa esteira, o Professor Luís Roberto Barroso teve uma participação decisiva na pavimentação de um caminho teórico imprescindível para o reconhecimento de uma hoje incontroversa normatividade constitucional, que, desde a última década, tem a oportunidade de concretizar no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Ao longo desse percurso, a atividade normativa da Administração Pública foi um dos temas que atravessaram tanto a produção acadêmica quanto a praxe jurisdicional do Ministro Luís Roberto Barroso. Isto é: o exercício do poder administrativo de editar regulamentos (decretos, resoluções,

portarias, etc.). Atualmente, é difícil identificar uma relação administrativa, econômica ou social que não possua algum aspecto regulado pelo Estado por essa espécie normativa, havendo uma tendência de alargamento dessa via (CYRINO, 2018, p. 105-106). Esse fenômeno é há muito investigado pelo hoje Ministro, notadamente sob a perspectiva dos seus impactos sobre o princípio da legalidade administrativa (BARROSO, 2009a), inicialmente associado apenas a atos expedidos pelo Poder Legislativo e a uma já superada ideia de que ao administrador somente seria permitido fazer o que autorizado ou determinado pelo legislador (BARROSO, 2006, p. 80).

O assunto não é novo, e ganhou outros matizes a partir da segunda metade do século XX, quando vários fatores contribuíram para a desvalorização da lei como principal instrumento de legitimação da atuação estatal e abriram espaço para a defesa de novas formas de vinculação administrativa ao direito (BAPTISTA, 2003, p. 285; CLÈVE, 2020, p. 46-56). A ascensão do constitucionalismo, por certo, também teve um papel nisso, sendo a doutrina da juridicidade, talvez, sua face mais evidente (ROCHA, 1994, p. 68-144; BINENBOJM, 2014, p. 131-206).

A despeito de não ser novidade, o problema está longe de ser velho; e, como tal, longe de ser resolvido. Ele evolui com ciclos de maior ou menor expansão da atividade administrativa, bem como tensões tanto democráticas quanto jurídicas. Assim, de tempos em tempos, tem se repensado sobre a matéria no Brasil. E o Ministro Luís Roberto Barroso deu inúmeras contribuições sobre isso.

Pois bem. O objetivo desse breve artigo é explicitar e organizar essas contribuições. Analisaremos, assim, as opiniões do Ministro enquanto juiz; um magistrado voltado a, em suas palavras como autor, “*determinar os limites dentro dos quais é legítima a (...) flexibilização [da legalidade], sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz*” (BARROSO, 2002, p. 306-307). Isso porque, embora passe por transformações, o “*princípio da legalidade continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição*” (PERTENCE; BARROSO, 2015, p. 288). E, por esse motivo, é necessário identificar uma leitura da legalidade administrativa capaz de “*harmonizar as demandas deste novo tempo, ditado pelas exigências de sociedades cada vez mais complexas e dinâmicas, com as exigências morais e constitucionais de liberdade e democracia*” (PERTENCE; BARROSO, 2015, p. 288).

Nesse sentido, esse texto descreve como as decisões e votos do Ministro Luís Roberto Barroso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, equilibram esses impulsos, por vezes, contraditórios, para delimitar um campo legítimo de atuação normativa da Administração Pública, sem comprometer a eficácia do princípio da legalidade. Pretende-se desenvolver um estudo de casos julgados pelo Ministro, visando à identificação dos fundamentos que o levaram a chancelar ou rechaçar a regulação administrativa, exercitada

pelo Poder Executivo ou por outros órgãos constitucionais incumbidos de funções administrativas, frente à legislação formal. Ao final, sintetizaremos o que concluímos ser a visão do Ministro Barroso a respeito da lei e do regulamento no atual contexto do princípio da legalidade, com algumas considerações pessoais, derivadas dos julgados analisados nesse trabalho, a respeito do momento vivido pela legalidade administrativa no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

Identificamos os casos examinados nesse artigo pelo sistema de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A consulta abrangeu o período entre a data de posse do Ministro Barroso (26/06/2013) e a data de conclusão desse trabalho (03/06/2023). Como critérios de busca, utilizamos as expressões “*poder regulamentar*”, “*legalidade administrativa*” e “*princípio da legalidade*”. Para restringir os resultados da busca pela expressão “*princípio da legalidade*”, realizamos pesquisas específicas a combinando com o termo “*regulamento*”, bem como com os vocábulos “*decreto*” e “*resolução*”, por expressarem as formas mais tradicionais de manifestação do poder regulamentar.

Dos julgados encontrados, excluímos os relativos a temas de menor pertinência para o direito administrativo, como, por exemplo, ações vinculadas a questões tributárias, trabalhistas e previdenciárias, bem como os que versavam sobre atos infralegais que não foram editados no exercício de funções tipicamente administrativas. Entre os processos restantes, selecionamos aqueles em que o Ministro Barroso teve uma participação substancial, ou seja, casos em que atuou como relator ou apresentou votos que divergiram ou complementaram as opiniões dos demais membros da Corte. Assim, identificamos 16 (dezesesseis) decisões do Ministro<sup>3</sup>, que abordaremos a seguir, juntamente com algumas das posições que expôs em trabalhos acadêmicos ou em outros processos não alcançados pelos referidos critérios de pesquisa.

## 1. DECISÕES PRÓ-REGULAMENTO E OBJEÇÕES À LEI

### 1.1. Regulação de matérias técnicas, tipicamente administrativas e nas quais a lei pode não produzir o resultado esperado pela Constituição

A regra geral no Brasil e no Estado contemporâneo é a da vocação hegemônica da lei para dispor sobre todos os assuntos (CLÈVE, 2020, p. 306-309). É o que está previsto no artigo 48 da Constituição, que autoriza

3 Essas decisões foram proferidas nas seguintes ações constitucionais, analisadas, nessa ordem, ao longo desse texto: ADI nº 3.169/SP; ADI nº 5.501/DF; ADI nº 4.947/DF (4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF); ADI nº 3.239/DF; ADI nº 4.263/DF; ADI nº 4.615/CE; ADPF nº 559/SP; ADI nº 2.601/DF; ADI nº 1.668/DF; ADI nº 5.942/DF; ADI nº 5.779/DF; ADI nº 5.447/DF (ADPF nº 389/DF); ADI nº 5.609/DF; ADI nº 6.121/DF; ADPF nº 622/DF; e ADPF nº 651/DF.

o Congresso Nacional a legislar sobre “*todas as matérias de competência da União*” (BRASIL, 1988). No entanto, os votos do Ministro Luís Roberto Barroso revelam que aplicar o princípio da legalidade na atualidade envolve reconhecer que, por vezes, a lei não é o veículo apropriado para disciplinar determinadas questões.

Há matérias tipicamente administrativas em que a atuação parlamentar pode esbarrar na chamada reserva de administração. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, nesses casos, não há “*margem para interferências legislativas ou judiciais*” na atuação do administrador (BRASIL, 2019c – RE 657.718/DF). Nesse sentido, na ADI nº 3.169/SP, o Ministro considerou inconstitucional a lei que estabelecia que Secretaria de Estado deveria comunicar antecipadamente o vencimento da carteira de habilitação aos seus titulares (BRASIL, 2014a). Argumentou que a norma tratava “*tipicamente [de] uma matéria administrativa, que deve ser regulada pelo Poder Executivo, e [...] não pelo Poder Legislativo*” (BRASIL, 2014a – ADI nº 3.169/SP). Na mesma toada, na ADI nº 5.501/DF, o Ministro julgou inválida a lei que, mesmo sem testes clínicos e registro sanitário, autorizava o uso da “*pílula do câncer*” (BRASIL, 2016). Apontou que, ao liberar o medicamento, o “*Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Anvisa por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativa*” em prejuízo da proteção aos direitos à vida e à saúde (BRASIL, 2016 – ADI nº 5.501/DF).

Em outras circunstâncias, mesmo não sendo vedada a disciplina por lei, pode ser desejável a delegação legislativa a instituições especializadas e externas ao Poder Legislativo. Esse entendimento foi adotado, pelo Ministro Barroso, na ADI nº 4.947/DF, que tratava de lei complementar que delegava ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a regulamentação do cálculo da representação proporcional dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2014b). Na ocasião, discutiu-se o disposto no artigo 45, §1º, da Constituição, que prevê que o número total de deputados e da representação dos entes subnacionais na Câmara “*será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma [das] unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados*” (BRASIL, 1988).

A maioria do Supremo Tribunal Federal compreendeu que a delegação promovida pela lei era inconstitucional, porque dispositivo da Constituição teria estabelecido uma reserva de lei complementar, a qual exigia o esgotamento da disciplina da matéria pelo legislador. No entanto, o Ministro Luís Roberto Barroso, apesar de concordar que essa seria uma leitura possível, sustentou ser viável interpretar o texto constitucional de outra forma, permitindo o tratamento do assunto por regulamento, a fim de evitar o congelamento legal das bancadas estaduais e distritais e possibilitar a sua constante atualização de acordo com critérios técnicos e não políticos. Assim, numa interpretação

contextual do texto constitucional, concluiu ser possível “*delegar esta tarefa [de regulamentar a representação parlamentar na Câmara] para um órgão técnico, sob pena de, ao se politizar essa decisão, criar-se a situação em que o Congresso, autointeressado, dificilmente produziria o resultado exigido pela Constituição*” (BRASIL, 2014b – ADI nº 4.947/DF).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, há um campo legítimo para o regulamento na disciplina de matérias técnicas, tipicamente administrativas e nas quais a lei pode não produzir o resultado esperado pela Constituição. São casos que envolvem desde a criação de novos encargos para órgãos públicos, passando pela definição de condições técnicas para a dispensação de medicamentos, até chegar à fixação da expressão numérica de bancadas parlamentares de modo proporcional à população dos entes subnacionais. Casos em que a esfera política não teria a melhor resposta. Nesses assuntos, a disciplina legal pode não contribuir para o funcionamento da democracia, tampouco para a proteção e a promoção adequada de direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos à vida, à saúde e à representação política, abrindo-se um caminho válido para a regulamentação administrativa.

## 1.2. Concretização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais

Como observado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a atual leitura do princípio da legalidade o “*converteu em algo mais amplo, o princípio da juridicidade, que significa que ao administrador cabe aplicar o ordenamento jurídico como um todo, inclusive a Constituição*” (BRASIL, 2021b – ADI nº 2.601/DF). Com isso, a “*vinculação da Administração Pública passou a se dar em relação a um bloco mais amplo (...) que congrega não apenas as leis formais, mas também, e sobretudo, a Constituição*” (BARROSO, 2009b, p. 669). Desse modo, “*mesmo na ausência de ordem ou autorização específica de lei formal, a Administração poderá estar obrigada a agir por conta de imposições diretamente extraídas do texto constitucional*” (BARROSO, 2009b, p. 669).

Dessa concepção, emerge a possibilidade da produção de regulamentos voltados à concretização de princípios e direitos fundamentais com fundamento direto na Constituição. Essa ideia decorre da própria natureza das normas constitucionais como “*normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam*” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 27). Nesse sentido, o poder regulamentar é capaz de concretizar a Constituição e impulsionar uma efetividade que já lhe seria inerente. Assim, nas palavras do Ministro Barroso, o regulamento, em tais casos, “*faz valer, dá efetividade, concretiza a Constituição diretamente, sem intermediação legislativa*” (BRASIL, 2019a – ADI nº 4.615/CE).

Essa função do poder regulamentar é importante porque há situações em que serve à concretização de pautas constitucionais que, mesmo apoiadas pela maioria da população, não têm acolhida no processo legislativo ordinário. Um exemplo lembrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso é o da resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (BARROSO, 2018a, p. 2.205), concretizando diretamente os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, bem como o direito fundamental à boa governança pública (BARROSO, 2018b, p. 44). O Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 12/DF, considerou o regulamento constitucional e posteriormente estendeu a mesma vedação ao Executivo e ao Legislativo (BRASIL, 2008). Embora o julgamento tenha ocorrido anteriormente ao ingresso do Ministro na Corte, ele atuou no caso na qualidade de advogado e agora aplica o mesmo raciocínio na condição de juiz.

Nesse sentido, na ADI nº 3.239/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou válido o decreto que regulamenta o procedimento para titulação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas (BRASIL, 2018a). Ao enfrentar a alegação de que a matéria deveria ter sido disciplinada por lei, argumentou que o atual entendimento a propósito do princípio da legalidade “*permite ao administrador, por atos administrativos, concretizar diretamente a Constituição independentemente da interposição do legislador*” (BRASIL, 2018a – ADI nº 3.239/DF). Por esse motivo, concluiu que o regulamento era constitucional na medida em que “*disciplina, concretiza, um direito fundamental previsto no artigo 68 da Constituição e, [que,] por ser direito fundamental, tem aplicabilidade direta e imediata*” (BRASIL, 2018a – ADI nº 3.239/DF).

Na mesma linha, na ADI nº 4.263/DF, o Ministro Barroso julgou constitucional a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamenta a utilização de interceptações telefônicas por promotores e procuradores de justiça (BRASIL, 2018b). Argumentou que o regulamento apenas concretizava um dever de sigilo que já seria exigível dos membros do Ministério Público pela própria Constituição, bem como dava concretude ao princípio constitucional da eficiência, ao uniformizar e padronizar procedimentos formais necessários à efetividade da atuação ministerial. Também foi relevante para a conclusão o fato de que a resolução não prejudicava direitos e garantias individuais dos investigados. Ao contrário, o regulamento estabelecia “*regras de autocontenção ao Ministério Público em favor dos direitos fundamentais*” (BRASIL, 2018b – ADI nº 4.263/DF).

Na ADI nº 4.615/CE, a qual teve por objeto lei estadual que estabelecia procedimentos ambientais simplificados para licenciamento de atividades de reduzido potencial poluidor, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou válida resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente que permitiu aos entes subnacionais a regulação desse tema (BRASIL, 2019a). O Ministro ressaltou que a Constituição estabelece a competência legislativa concorrente



como uma característica do princípio federativo brasileiro aplicado à matéria ambiental. Nesse sentido, concluiu que o regulamento federal concretizou validamente o princípio federativo e “*retirando sua força de validade diretamente da Constituição Federal, permitiu que os Estados-membros estabelecessem procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental*” (BRASIL, 2019a – ADI nº 4.615/CE).

De modo similar, na ADPF nº 559/SP, o Ministro Barroso julgou constitucional decreto que estendeu a organizações sociais determinadas obrigações e restrições inerentes aos princípios constitucionais da Administração Pública (BRASIL, 2022c). Argumentou que as normas do regulamento “*devem ser reputadas legítimas, porque determinam a concretização da aplicação dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência na atuação das organizações sociais*” (BRASIL, 2022c – ADPF nº 559/SP).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, há um campo legítimo para o regulamento na concretização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais. Nesses casos, a legitimidade do regulamento advém diretamente da Constituição. Essa possibilidade alcança diversos segmentos da vida, abrangendo questões sociais, ambientais e até mesmo criminais, tangenciadas por normas constitucionais que, embora possam ser disciplinadas por lei, têm eficácia direta e imediata e, por isso, podem ser concretizadas pela regulamentação administrativa, sem a intermediação do legislador ordinário.

### **1.3. Disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública**

Paralelamente às reformulações dogmáticas da legalidade administrativa, o próprio texto constitucional estabelece um campo em que é possível a expedição de regulamentos independentemente de lei. Na redação original, a Constituição já admitia que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário disciplinassem, por ato próprio, a sua organização e funcionamento interno, dispensando o processo legislativo. A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, estendeu essa possibilidade ao Poder Executivo. O artigo 84, inciso VI, da Constituição passou a prever que o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre a “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*” e sobre a “*extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos*” (BRASIL, 1988). Isso autorizou o Presidente a expedir decretos de organização administrativa sem a necessidade de lei, e sem prejuízo do poder de editar atos regulamentando a legislação preexistente, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição.

A EC nº 32/2001 reativou as discussões sobre a existência ou não de uma reserva de regulamento no Brasil, isto é, um campo imune à intervenção legislativa e somente disciplinável pela via regulamentar. O debate é anterior à Constituição, mas estava adormecido em função da sua redação original que estabelecia que os decretos de organização administrativa somente poderiam ser editados “*na forma da lei*”. A emenda constitucional suprimiu essa expressão e, com isso, dividiu novamente a doutrina acerca do assunto (CYRINO, 2016). Embora ainda não exista uma posição conclusiva do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, a Corte já julgou casos em que o Poder Executivo utilizou regulamentos para disciplinar aspectos relevantes da organização e do funcionamento da Administração Pública brasileira, com contribuições importantes do Ministro Luís Roberto Barroso.

Nesse sentido, na ADI nº 2.601/DF, o Ministro Barroso julgou constitucional o decreto que alterava a estrutura administrativa da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), modificando, inclusive, aspectos organizacionais estabelecidos na própria lei que instituiu a autarquia (BRASIL, 2021b). Ao enfrentar a alegação de que o regulamento seria inválido por alterar uma lei em vigor, o Ministro argumentou que o “*princípio da preferência legal (...), não me parece se aplicar (...) [a] normas de organização de autarquia federal*” (BRASIL, 2021b – ADI nº 2.601/DF). Assim, por não reconhecer uma preferência da lei em relação ao regulamento em matéria de organização administrativa, admitiu as alterações da lei instituidora da entidade autárquica por meio do decreto.

Para além da organização administrativa propriamente dita, o Ministro Luís Roberto Barroso também já admitiu o uso do regulamento para disciplinar outros aspectos do funcionamento da Administração Pública, a exemplo do procedimento para a celebração de contratos públicos. O tema já havia sido abordado pelo Ministro em sede doutrinária, onde afirmou que “*em matéria de licitações, não é indispensável que a lei (formal ou material) regule todos os aspectos possíveis da questão*”, sendo possível a regulamentação administrativa, “[s]alvo, é claro, se, a pretexto de dispor sobre um procedimento licitatório, forem veiculadas normas incompatíveis com os fins constitucionais associados à licitação” (BARROSO, 2009c, p. 314).

Com base nessas ideias, o Ministro Barroso, na ADI nº 1.668/DF, considerou válido dispositivo de lei que autorizava a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) a disciplinar as modalidades especiais de licitação a que submetida (BRASIL, 2021a). A maioria do Supremo Tribunal Federal entendeu que tal delegação legislativa seria inconstitucional e que os novos tipos de procedimentos licitatórios instituídos em lei somente poderiam ser disciplinados pelo próprio legislador. Em sentido diverso, o Ministro não vislumbrou inconstitucionalidade desde que garantida a “*observância das diretrizes e dos limites previstos na lei como condição de legitimidade dos atos normativos praticados no exercício da função reguladora*” (BRASIL, 2021a – ADI nº 1.668/DF).

Na mesma linha, na ADI nº 5.942/DF, o Ministro julgou constitucional o decreto que, na ausência de exigência legal de licitação, regulamentou um procedimento específico para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de combustíveis (BRASIL, 2020c). Argumentou que o ato era válido por “*estabelece[r] um padrão de comportamento para a cessão desses contratos*” e “*umenta[r] os cuidados e a transparência dessa operação de cessão*” em resposta a um “*conjunto espantoso de desmandos que ocorreram na Petrobras, e que a Lei de Licitações não foi capaz de evitar*” (BRASIL, 2020c – ADI nº 5.942/DF).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, há um campo legítimo para o regulamento na disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública (inclusive indireta). É verdade que o Ministro Barroso não se manifestou explicitamente pela existência de uma reserva de regulamento, isto é, casos em que o regulamento teria exclusividade no tratamento da matéria<sup>4</sup>. Todavia, além de ter admitido que o regulamento derrogasse disposição legal (caso da CVM), o Ministro deixou entender não ser exigível uma regulação legal exauriente no âmbito da organização e funcionamento administrativo. Nessa temática, há espaço para a regulamentação administrativa até mesmo sem a intermediação do legislador. No seu entendimento, a lei, nessa seara, não goza de preferência, e o regulamento pode, inclusive, contribuir para a consecução de objetivos de interesse público que, isoladamente, a ação do legislador não é capaz de realizar.

## 2. DECISÕES PRÓ-LEI E OBJEÇÕES AO REGULAMENTO

### 2.1. Regulação de assuntos para os quais não haja consenso técnico-científico estabelecido e controle da regulamentação administrativa sobre questões técnicas

Como visto na primeira parte desse trabalho, no entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, leis podem ser inconstitucionais por desconsiderarem juízos técnicos da Administração e interferirem de forma indevida em procedimentos de natureza tipicamente administrativa (ADI nº 5.501/DF). Na mesma trilha, para o Ministro, há casos em que, mesmo

4 Em apertada síntese, existem três correntes doutrinárias a respeito do assunto: (i) a primeira nega a existência de regulamentos autônomos ou independentes em relação à lei em sentido formal e defende que o legislador pode dispor sobre todas as matérias, incluindo a organização da administração; (ii) a segunda sustenta que existe um poder regulamentar autônomo e uma reserva de administração imune à lei em matéria de organização administrativa, ou seja, reconhece que somente o administrador, através de atos infralegais, pode disciplinar a organização da administração; e (iii) a terceira, apesar de admitir a disciplina da organização administrativa diretamente por regulamentos, sem a necessidade de lei, rechaça a tese de que seria vedado ao legislador dispor sobre o assunto e afirma, inclusive, a preeminência da legislação em relação aos atos do administrador (BINENBOJM, 2014, p. 175-176). Nos julgados analisados nesse texto, não identificamos uma opção explícita do Ministro Barroso por uma ou outra posição desse debate. No entanto, verificamos que, no caso da CVM, o Ministro, implicitamente, afastou a primeira e contrariou, ao menos em parte, a terceira corrente, ao afirmar que a lei não tem preferência sobre o regulamento em matéria de organização e funcionamento da administração.

não sendo inconstitucional a disciplina por lei, pode ser desejável a delegação legislativa a instituições especializadas externas ao Congresso, a fim de que algumas matérias sejam reguladas de acordo com critérios técnicos e não políticos (ADI nº 4.947/DF). As questões técnicas delimitam, portanto, um terreno propenso à expansão do poder regulamentar, onde o argumento sobre as capacidades institucionais envolvidas, ainda que passível de crítica, ganha força contra a atuação do legislador e em favor da regulamentação administrativa (CYRINO, 2018, p. 252).

No entanto, quando a técnica não dá respostas unívocas sobre um determinado assunto, a situação pode mudar de figura. Nesse sentido, na ADI nº 5.779/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso divergiu da maioria e julgou constitucional a lei que autorizava a produção, a comercialização e o consumo de substâncias inibidoras de apetite que anteriormente haviam sido proibidas pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2021c). Esclareceu que, naquele caso, *“saber se a lei é válida ou não depende de uma questão técnica de saber se há consenso médico ou não de que a substância é nociva à saúde”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Para o Ministro, mesmo quando se tratar de assunto de natureza técnica, a lei pode preponderar sobre o regulamento de uma agência reguladora *“se não houver consenso médico-científico; e não pode, se houver consenso médico-científico”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Apenas nesse último caso, a lei pode ser considerada inconstitucional, *“não propriamente por [desrespeitar] um ato emanado da Anvisa, mas [por violar a] norma constitucional que protege o direito à vida e à saúde”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF).

Com base nessa premissa, o Ministro entendeu que a lei em questão era válida porque entendeu inexistir consenso médico-científico contrário ao uso dos inibidores de apetite. A partir de informações prestadas pelo Ministro Relator Nunes Marques, observou que *“essas substâncias são aprovadas pelo FDA (...) e pela Agência Europeia [o que], [s]e confirmado, significa que não há consenso médico em detrimento da [sua] utilização”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Além disso, ponderou que *“a aprovação da lei foi precedida de amplo debate no Congresso Nacional, com manifestação de inúmeras sociedades médicas a respeito do tema, favoráveis, todas essas instituições, à liberação”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Assim, concluiu que a lei era constitucional por *“expressa[r] [o] consenso médico que se formou no debate no Congresso Nacional”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF).

Além de não interditar completamente a atividade legislativa, o fato de determinada matéria envolver conhecimentos especializados em determinado segmento científico também não impede o Congresso de fiscalizar a motivação técnica e a finalidade dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, controlando eventuais abusos do poder regulamentar, por meio de decretos legislativos editados com fundamento no artigo 49, inciso V, da Constituição.

Como exposto pelo autor Luís Roberto Barroso, a validade dos regulamentos administrativos depende de “*motivação e fundamentação técnico-científica adequadas, capazes de demonstrar, racionalmente, as razões que conduziram às decisões tomadas*” (PERTENCE; BARROSO, 2015, p. 292), as quais devem estar relacionadas à finalidade específica a ser perseguida pelo ato. Quando isso não acontece, o Poder Judiciário pode invalidar os regulamentos e o Poder Legislativo pode suspender a eficácia desses atos.

Baseando-se nessa ideia, o Ministro Barroso, na ADI nº 5.447/DF e na ADPF nº 389/DF, considerou válido decreto legislativo que sustou os efeitos de portaria do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente que havia suspenso temporariamente o período de defeso da pesca de algumas espécies de peixes em 2015, em razão de vícios aparentes nos motivos e na finalidade buscada pelo regulamento (BRASIL, 2020a).

Embora a legislação ambiental tenha delegado ao Poder Executivo a definição dos períodos do seguro-defeso, entendeu-se que a decisão do Congresso Nacional foi fundamentada na percepção de que o regulamento não teria sido editado com lastro em critérios técnico-ambientais. Diversamente, a portaria teria o intuito de reduzir as despesas da União com o pagamento do benefício do seguro-defeso, em virtude da grave crise econômica então enfrentada pelo país, sem ter havido a comprovação quanto à efetiva desnecessidade do regime especial de proteção ambiental no período. Desse modo, o Ministro concluiu pela invalidade do regulamento, uma vez que:

[a] competência regulamentar, [que] segundo a dicção da própria lei, deve ser exercida para proteger os estoques pesqueiros do país, (...) foi utilizada com finalidade diversa, [com] claro desvio de finalidade (...) e, por conseguinte, abuso em seu exercício (BRASIL, 2020a – ADI nº 5.447/DF e ADPF nº 389/DF).

Desses votos, depreende-se que, no juízo do Ministro Luís Roberto Barroso, o teor de tecnicidade da matéria regulada, embora autorize a expansão do poder regulamentar, não necessariamente exclui a atuação do Poder Legislativo. Na sua percepção jurídica, mesmo nos assuntos que envolvam conhecimentos especializados, a inexistência de consenso científico é argumento que pode autorizar, em certos casos, a atividade legislativa, com prevalência em relação ao disposto em regulamento, desde que seja baseada em entendimentos técnicos plausíveis e proteja adequadamente direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, como os direitos à saúde e à vida – notadamente quando acompanhado de significativo debate público, como registrado no caso dos emagrecedores. Além disso, o Congresso deve fiscalizar a motivação técnica e a finalidade buscada por regulamentos

administrativos, podendo controlar eventuais abusos do poder regulamentar por meio de decretos legislativos.

## **2.2. Alteração da organização e do funcionamento da Administração Pública fora dos limites constitucionais**

### **2.2.1 Limites decorrentes de reservas legais**

Na primeira parte desse estudo, foi observado que o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública. Nesse contexto, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que, em princípio, não há uma preferência da lei em relação ao regulamento (ADI 2.601/DF), tampouco é necessário que o legislador esgote toda a disciplina relativa a procedimentos administrativos (ADI nº 1.668/DF). Para o Ministro, o regulamento não só pode ser utilizado para esse fim, como também é apto a proporcionar a consecução de objetivos de interesse público que, isoladamente, a lei não foi capaz de realizar (ADI nº 5.942/DF).

Nada obstante, também no campo da organização administrativa, há limites constitucionais ao regulamento. Alguns são bem objetivos porque se relacionam com matérias textualmente reservadas pelo texto constitucional ao legislador. Por exemplo, a própria Constituição estabelece que somente a lei pode tratar do regime remuneratório dos funcionários públicos (art. 37, X, CRFB). Quando esses limites expressamente estabelecidos no texto constitucional são ultrapassados (como ocorre com as reservas de lei específicas), há uma incompatibilidade objetiva entre os regulamentos e a Constituição, o que facilita o controle de constitucionalidade desses atos.

Nesse sentido, na ADI nº 5.609/DF, por exemplo, o Ministro Barroso julgou inconstitucional decreto que, sem respaldo em lei, aumentava a remuneração de servidores por meio da vinculação do seu salário ao de outra categoria do funcionalismo, o que, além de violar a reserva legal existente na matéria, também é especificamente vedado pelo artigo 37, XIII, da Constituição (BRASIL, 2020b). Assim, concluiu pela invalidade do regulamento e argumentou justamente que *“embora a Constituição Federal tenha atribuído ao chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para dispor sobre o aumento da remuneração dos servidores públicos (...) ela exige que isso seja feito mediante lei”* (BRASIL, 2020b – ADI nº 5.609/DF).

### **2.2.2 Limites decorrentes da reação a posturas autoritárias**

Apesar de a Constituição estabelecer, em alguns casos, parâmetros objetivos para o controle de constitucionalidade de decretos, mormente nas hipóteses de reserva legal, a revisão constitucional desses atos nunca foi algo

simples. A dificuldade começa pelo fato de que a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal é resistente a controlar a validade de normas infralegais, associando os seus defeitos a problemas de (i)legalidade e não de (in)constitucionalidade. Trata-se de entendimento relacionado à visão dos decretos como atos precipuamente destinados à regulamentação de leis. Desse modo, como observado em trabalho acadêmico do Ministro Luís Roberto Barroso, tem-se uma orientação de que, como regra, “*não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição*” (BARROSO, 2014, p. 204). Isso porque:

ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe caiba regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (...) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação (BARROSO, 2014, p. 204).

Atualmente, a realidade aponta para uma alteração dessa perspectiva. Cada vez mais, reconhece-se que, assim como existem decretos que podem ser editados com fundamento direto na Constituição, visando à concretização de princípios e direitos fundamentais sem a intermediação do legislador, esses atos também podem violar diretamente o texto constitucional, o que atrai a fiscalização do Supremo Tribunal Federal. Na verdade, hoje há uma tendência de ampliação do controle exercido pela Corte sobre os regulamentos, em contraste à referida jurisprudência tradicional que resistia a fazê-lo (SARMENTO, 2023). Esse movimento não é um fato isolado. Está inserido em um contexto mais amplo, em que a expansão da atividade normativa da Administração Pública é conjugada a tensões tanto democráticas quanto jurídicas.

Com efeito, a discussão sobre novas possibilidades e parâmetros de controle de constitucionalidade de regulamentos administrativos ocorre em momento no qual, como observado pelo Ministro Barroso, a teoria constitucional de diversos países descreve um processo de erosão da democracia, marcado por uma onda de governos considerados autoritários, populistas e extremistas em todo o mundo, incluindo o Brasil, durante o período em que governado por Jair Messias Bolsonaro (BARROSO, 2022). Tal questão está conectada ao poder regulamentar na medida em que, no entendimento do Ministro, entre as medidas que pavimentariam o caminho para o autoritarismo, estaria a concentração de poderes normativos no Executivo e o by-pass das instituições intermediárias, que fazem a interface do povo com o governo, como o Legislativo (BARROSO, 2022, p. 6 e 10).

Com base nessa leitura, houve quem identificasse, durante o governo passado, um “*infralegalismo autoritário*” (VILHENA; GLEZER; BARBOSA, 2022). A expressão é utilizada para designar a implementação de agendas

populistas e autoritárias por meio de atos infralegais, administrativos e parainstitucionais, incluindo-se, nesse espectro, a edição de decretos destinados a desgastar ou neutralizar direitos e valores constitucionais, fora do âmbito de controle do Poder Legislativo (VILHENA; GLEZER; BARBOSA, 2022, p. 592). Esse método seria diferente de outros fenômenos relacionados à referida crise democrática, como o “*constitucionalismo abusivo*” (LANDAU, 2013) e o “*legalismo autocrático*” (SCHEPPELE, 2018), exatamente por ser veiculado por normas infralegais, e não por reformas constitucionais ou leis em sentido formal. Reativamente, o Supremo Tribunal Federal intensificou, nesse período, o controle de constitucionalidade desses atos, com importantes contribuições do Ministro Luís Roberto Barroso.

Uma das primeiras oportunidades em que a questão se colocou foi no julgamento da ADI nº 6.121/DF, que teve por objeto decreto que extinguiu centenas de colegiados da administração federal, incluindo conselhos e comitês destinados a permitir a participação social no governo (BRASIL, 2019b). O Supremo Tribunal Federal formou maioria para suspender cautelarmente o regulamento apenas no que tange a colegiados que contassem com menção na legislação em sentido formal. A Corte entendeu que, por serem mencionados em lei, somente o Congresso poderia extinguir esses conselhos. Com voto divergente, o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha anuído com essa tese, foi além, e entendeu que, paralelamente à questão meramente formal, que viciava somente uma parte do decreto, o regulamento, como um todo, seria materialmente incompatível com a Constituição.

O Ministro afirmou que o decreto violava o princípio republicano, na “*dimensão de exigência de uma transparência mínima*”, por promover “*a extinção indiscriminada de todos os conselhos, sem identificação nominal de qualquer um deles*” (BRASIL, 2019b – ADI nº 6.121/DF). Argumentou, ainda, que o regulamento não atendia ao princípio da proporcionalidade, por não ter ponderado a finalidade específica de cada colegiado extinto e realizado, em lugar disso, a “*extinção ampla, geral e irrestrita de supostamente setecentos conselhos, inclusive alguns que são decisivos para a proteção de direitos fundamentais (...) [e] de grupos vulneráveis*” (BRASIL, 2019b – ADI nº 6.121/DF). Desse modo, concluiu que:

o Presidente da República pode sim extinguir conselhos que, fundamentadamente, considere desnecessários, inoperantes, ineficazes[, porém] o ato que extingue a todos indistinta e indiscriminadamente [é inconstitucional porque] carece de transparência e afeta direitos fundamentais (BRASIL, 2019b – ADI nº 6.121/DF).

Na mesma trilha, na ADPF nº 622/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou inconstitucionais dispositivos de decreto que alterava a organização do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (BRASIL,



2021d). Em resumo, o ato reduzia o número de membros e sessões do conselho, bem como modificava o método de escolha dos representantes da sociedade civil integrantes do colegiado. Nesse ponto, o regulamento alterava a indicação por meio de assembleia específica do próprio conselho por um processo seletivo conduzido pelo Poder Executivo, estabelecendo caber ao Presidente da República designar o Presidente do colegiado, a quem seria conferido o “*voto de qualidade*” nas suas deliberações. Em virtude dessas alterações, todos os membros do conselho foram destituídos, ainda no curso dos seus mandatos, visando à seleção de novos conselheiros de acordo com as regras então estabelecidas.

Diante dessas modificações, o Ministro anotou que “*encontram limite na Constituição e nas leis*” os atos discricionários derivados da competência do “*Presidente da República (para) exercer a direção superior da administração pública federal, bem como dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos do Executivo*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF). Com base nessa premissa, ressaltou que o decreto em questão promovia alterações incompatíveis com a Constituição, a qual exige a efetiva participação de organizações da sociedade civil na matéria como forma de “*assegurar a proteção integral e prioritária às crianças e adolescentes, por meio da incorporação de diferentes perspectivas e grupos na formulação e no controle de políticas públicas*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF). As mudanças também foram consideradas contrárias à lei que instituiu o colegiado e “*entregou ao próprio Conselho a atribuição de dispor sobre seu funcionamento, nela incluídos os critérios de escolha de seu presidente e a seleção dos representantes das entidades da sociedade civil*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF).

Nesse sentido, o Ministro concluiu que o decreto em questão, “*na prática, esvazia e inviabiliza [a] participação [social] (...) [e acaba] por conferir ao Executivo o controle da composição e das decisões do Conanda*”, razão pela qual propôs a tese de que “*é inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos*” e destacou a necessidade de evitar a “*interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF).

Em sentido similar, na ADPF nº 651/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou inconstitucionais dispositivos de decretos que alteravam a composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente e do Conselho Nacional da Amazônia Legal e extinguíam o Comitê Orientador do Fundo Amazônia, excluindo a participação de Governadores e membros da sociedade civil nesses mecanismos de formulação e controle de políticas ambientais (BRASIL, 2022b).

O Ministro argumentou que esses decretos eram incompatíveis com a Constituição, por estarem “*interferindo no direito fundamental à proteção ambiental e no direito de participação da sociedade em um retrocesso à situação preexistente*” (BRASIL,

2022b – ADPF nº 651/DF). Os atos foram relacionados a “*alterações normativas que, olhadas individualmente, não afrontam a Constituição, mas, progressivamente, tijolo por tijolo, desconstruem pilares da democracia, especialmente o direito à participação popular*” (BRASIL, 2022b – ADPF nº 651/DF). Assim, de um lado, arrematou afirmando que “*é inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, exclui a participação da sociedade civil no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente*” (BRASIL, 2022b – ADPF nº 651/DF). E, de outro, asseverou que:

o princípio federativo assegura aos estados que compõem a Amazônia Legal o direito de representação no Conselho Nacional da Amazônia Legal, [sendo] inconstitucional a extinção pura e simples do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, eliminando a participação de governadores e da sociedade civil do monitoramento das suas iniciativas (BRASIL, 2022b – ADPF nº 651/DF).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, os limites ao poder de organização administrativa por meio de decretos não se resumem às hipóteses objetivas em que a Constituição veda o tratamento da matéria por esta via e/ou exige a edição de lei em sentido formal. Há restrições que derivam de uma pauta mais ampla de valores constitucionais, ligados, sobretudo, ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático. Assim, podem ser inconstitucionais decretos que, mediante alterações na organização da administração, expressem posturas autoritárias e restrinjam excessivamente o funcionamento de estruturas criadas para a promoção de direitos fundamentais e da democracia deliberativa, com potencial desarticulação e retrocesso de políticas públicas legalmente estabelecidas para a concretização da Constituição<sup>5</sup>.

## CONCLUSÃO

Aplicar o princípio da legalidade à complexa e multifacetada Administração Pública contemporânea não é uma tarefa simples. Determinar o sentido atual da legalidade administrativa pressupõe, de um lado, preservar uma conquista política e jurídica histórica, inerente à própria noção de Estado de Direito (LEAL, 1945, p. 374), e, de outro, assegurar a capacidade criativa de administradores, que, inclusive no campo normativo, devem possuir

5 Essa ordem de ideias foi compartilhada por outros membros do Supremo Tribunal Federal, com citação às manifestações do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento de ações que tiveram por objeto outros decretos editados durante o governo passado. Nesse sentido, na ADPF nº 607/DF, o Tribunal, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgou inconstitucional o decreto que transferia cargos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura para o Ministério da Economia, exonerava os seus ocupantes e transformava em não remunerada a atuação no órgão (BRASIL, 2022a). Na mesma linha, na ADPF nº 623/DF, a Ministra Rosa Weber suspendeu monocraticamente a aplicação de decreto que alterava a composição do Conselho Nacional do Meio Ambiente, com redução da representação de entidades ambientalistas e entes subnacionais (BRASIL, 2021e).

algum grau de vida própria em relação ao legislador (SUNDFELD, 2014, p. 236-237). Entre a defesa do direito administrativo da *aplicação da lei de ofício* (FAGUNDES, p. 1967, p. 16-17) e da *administração pública sem lei*, há de existir um equilíbrio. Nessa matéria, portanto, “*não há espaço para radicalismos ou soluções extremadas*”, como já afirmou o Professor Luís Roberto Barroso, em trabalho em coautoria com Sepúlveda Pertence (2015, p. 288).

Essa aversão a soluções radicais ou extremas no tocante à aplicação do princípio da legalidade na atualidade pode ser identificada nos votos que o Ministro Barroso emitiu sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Tais manifestações evidenciam que o Ministro não adota uma leitura binária acerca da legalidade administrativa. As suas decisões não são pautadas apenas por uma noção estática de reservas legislativas ou de outros critérios formais que delimitem um domínio próprio da lei e, por exclusão, do regulamento. Ao contrário, suas opiniões revelam uma compreensão dinâmica acerca das possibilidades e limites do poder regulamentar, determinados, em cada situação concreta, à luz de parâmetros materiais extraídos da Constituição.

Nesse sentido, os julgados analisados nesse texto demonstram uma posição ambivalente do Ministro Barroso a respeito dos impactos da expansão dos regulamentos administrativos sobre o princípio da legalidade. Em conjunto, as suas decisões, se reconhecem, por exemplo, um campo propício ao regulamento na disciplina de matérias técnicas e tipicamente administrativas, também resguardam a atuação do legislador quando coerente com os consensos científicos e direcionada à fiscalização da adequação técnica da regulação administrativa. Se, por um lado, admitem a concretização de regras e princípios constitucionais por regulamentos expedidos com fundamento direto na Constituição, por outro lado, reconhecem que esses mesmos atos também podem violá-la diretamente. E, por esse motivo, se, numa banda, permitem ao regulamento dispor sobre a organização da administração, estabelecem, em outra ponta, limites constitucionais, não apenas em decorrência de reservas legislativas, mas também em reação a posturas autoritárias veiculadas por atos infralegais.

Além de buscar o equilíbrio na relação entre lei e regulamento na atual quadra da legalidade administrativa, essa abordagem desformaliza a discussão sobre a legitimidade jurídica do exercício concreto de um poder regulamentar tendente a se expandir. Como há muito observado por Victor Nunes Leal, o roteiro para esse debate está estabelecido na Constituição (1945, p. 382-383). Porém, afora as poucas situações objetivamente previstas no texto constitucional, o foco da questão parece não mais residir, somente, em saber se determinada matéria pode ser formalmente disciplinada por regulamento ou se demanda a edição de lei em sentido formal. Também parece ter menos relevância verificar se determinado ato administrativo normativo se destina a regulamentar a legislação ou se extrai fundamento

direto do texto constitucional. O que cada vez mais interessa, em boa parte dos casos, é saber se a Constituição está sendo materialmente cumprida. E os regulamentos, antes identificados com a fiel execução das leis, voltam-se, certo modo, à fiel execução da Constituição.

O resultado dessa abordagem é que, proporcionalmente ao alargamento do poder regulamentar e da vinculação administrativa à Constituição, crescem a demanda e a oferta do controle de constitucionalidade sobre os regulamentos, antes apenas cotejados com a legislação que deveriam esmiuçar e não com o texto constitucional. Esse incremento da controlabilidade constitucional do poder regulamentar atende a preocupações democráticas contemporâneas acerca da concentração de poderes normativos no Poder Executivo, limitando o seu uso abusivo. No entanto, como uma outra face da mesma moeda, o robustecimento da supervisão constitucional amplia a legitimidade e as possibilidades da regulamentação administrativa, pois, à medida em que se incrementam os caminhos de controle, pode-se argumentar que se diminuem as chances de arbítrio pelo administrador (CYRINO, 2018, p. 253-255).

As repercussões práticas e teóricas desse e de outros fenômenos associados à expansão da atividade normativa da Administração Pública, incluindo as respectivas respostas por parte do Supremo Tribunal Federal, deverão ser acompanhadas de perto. Naturalmente, o Ministro Luís Roberto Barroso, dentro e fora da Corte, terá oportunidades de nos oferecer importantes contribuições para a melhor compreensão e enquadramento constitucional da matéria.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação do Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 278-296, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 25-65, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

\_\_\_\_\_. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 165-188 (2009a).

\_\_\_\_\_. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.171-2.228, 2018 (2018a).

\_\_\_\_\_. Legitimidade da resolução do CNJ contra o nepotismo no Judiciário: petição da ação declaratória de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 651-680 (2009b).

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of print, p. 1-34, 2022.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico da Petrobras, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo decreto nº 2.745/98. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 295-323 (2009c).

\_\_\_\_\_. Trinta anos de Constituição: A república que ainda não foi. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coords.). *A república que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da escola de direito constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35-54 (2018b).

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<https://acesse.one/RkijB>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADC 12/DF*. Ação direta de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça. [...] Procedência do pedido. Relator Ministro Carlos Britto, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://encurtador.com.br/lwS38>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 1.668/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Geral de Telecomunicações. [...] Ação direta conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente. Relator Ministro Edson Fachin, 23 de março de 2021 (2021a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/uwJSY>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 2.601/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória 8, de 31/10/2001, convertida na Lei 10.411/2022. Decreto 3.995/2001. [...] Ação direta julgada improcedente. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 19 de agosto de 2021 (2021b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/abctw>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 3.169/SP*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei que interfere sobre atribuições de Secretaria de Estado em matéria sujeita à reserva de Administração. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Roberto Barroso, 11 de dezembro de 2014 (2014a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/iwIX6>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 3.239/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. [...] Improcedência da ação. Relator Ministro Cezar Peluso. Relatora para Acórdão Ministra Rosa Weber, 8 de fevereiro de 2018 (2018a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/hklzL>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 4.263/DF*. Constitucional. Resolução do CNMP. Interceptação telefônica. Relator Ministro Roberto Barroso, 25 de abril de 2018 (2018b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/efguD>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 4.615/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito ambiental e constitucional. Federalismo e respeito às regras de repartição de competências legislativas. Lei estadual que versa sobre procedimentos ambientais simplificados. Lei nº 14.882, de 27.01.2011, do Estado do Ceará. [...] Precedentes. Relator Ministro Roberto Barroso, 20 de setembro de 2019 (2019a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/cGKL8>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 4.947/DF, 4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional eleitoral. Art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei Complementar nº 78/1993. Definição da representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados. [...] Invasão de competência. Relator Ministro Gilmar Mendes. Relatora para Acórdão Ministra Rosa Weber, 1º de julho de 2014 (2014b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/lGRVW>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.447/DF e ADPF 389/DF*. Direito ambiental. Ação direta de inconstitucionalidade. Suspensão do período de defeso por ato do Executivo. Violação ao princípio da precaução. Ameaça à fauna brasileira, à segurança alimentar e à pesca artesanal. Relator Ministro Roberto Barroso, 22 de maio de 2020 (2020a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/aJSV7>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.501/DF MC. Saúde. Medicamento*. Ausência de Registro. Relator Ministro Marco Aurélio, 19 de maio de 2016. Disponível em: <<https://encurtador.com.br/eqQUZ>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.609/DF*. Direito constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto estadual de natureza autônoma, que estabelece vinculação de remunerações de servidores públicos. Reserva de lei e expressa vedação constitucional. Relator Ministro Roberto Barroso, 7 de dezembro de 2020 (2020b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/elrF0>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.779/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.454/2017. Produção e comercialização de medicamentos. [...] Proibição da proteção deficiente. Proibição do retrocesso. Pedido julgado procedente. Relator Ministro Nunes Marques. Relator para Acórdão Ministro Edson Fachin, 14 de outubro de 2021 (2021c). Disponível em: <<https://encr.pw/7P3LM>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.942/DF*. Competência legislativa. Normas gerais. Licitação e contratação. Cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobrás. [...] Ação conhecida e julgado improcedente o pedido. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux, 13 de outubro de 2020 (2020c). Disponível em: <<https://encr.pw/fmedS>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 6.121/DF MC*. Processo objetivo. Controle de constitucionalidade. Liminar. Deferimento parcial. Relator Ministro Marco Aurélio Melo, 13 de junho de 2019 (2019b). Disponível em: <<https://11nq.com/jEaAd>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADPF 607/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto nº 9.831, de 11 de junho de 2019, que alterou o Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). [...] Arguição de descumprimento fundamental julgada procedente, na parte de que se conhece. Relator Ministro Dias Toffoli, 28 de março de 2022 (2022a). Disponível em: <<https://11nq.com/rFAhJ>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADPF 622/DF*. Direito da criança e do adolescente. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto nº 10.003/2019. Composição e funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda. Procedência parcial do pedido. Relator Ministro Roberto Barroso, 1º de março de 2021 (2021d). Disponível em: <<https://encr.pw/vE3yB>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *ADPF 623/DF MC*. Relatora Ministra Rosa Weber, 17 de dezembro de 2021 (2021e). Disponível em: <<https://11nq.com/fD6jy>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADPF 651/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Direito constitucional ambiental. Medida Cautelar. Decreto presidencial nº 10.224,



de 5.2.2020 Exclusão da sociedade civil do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente. Decreto presidencial nº 10.239, de 11.2.2020. Exclusão dos Governadores do Conselho Nacional da Amazônia. Decreto presidencial nº 10.223, de 5.2.2020 Extinção do Comitê Orientador do Fundo Amazônia. Alegada afronta à proteção do meio ambiente e proibição do retrocesso ambiental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. Relatora Ministra Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022 (2022b). Disponível em: <<https://11nq.com/CtAC7>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *APDF 559/SP*. Direito constitucional e administrativo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto estadual que fixa diretrizes para celebração de contratos de gestão entre a Administração Pública e organizações sociais. [...] Ofensa reflexa à Constituição Federal. Relator Ministro Roberto Barroso, 13 de junho de 2022 (2022c). Disponível em: <<https://11nq.com/7I2gH>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *RE 657.718/DF*. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Roberto Barroso, 22 de maio de 2019 (2019c). Disponível em: <<https://encr.pw/MJliI>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 107-137, dez. 2016.

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. UC Davis Law Review, Davis, v. 47, p. 189-260, 2013.

LEAL, Victor Nunes. Lei e regulamento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1. n. 1, p. 371-396, 1945.

PERTENCE, Sepúlveda; BARROSO, Luís Roberto. Resolução da Anvisa que proíbe o uso nos cigarros de ingredientes que não oferecem risco à saúde. Invalidez formal e material da medida. Incompetência, desvio de finalidade e asfixia regulatória. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 281-320, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARMENTO, Daniel. Legados do STF em tempos de bolsonarismo: contendo boiadas sem individualismo. *O Globo*. Rio de Janeiro, 28 abr. 2023. Disponível em: <<https://acesse.one/q4Vo5>>. Acesso em: 16 mai. 2023.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 95, p. 545-583, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VILHENA, Oscar; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: O comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 591-605, set./dez. 2022.