

O decreto como instrumento de uniformização da aplicação da lei



Fabrício Motta
procurador e professor

O ano começou — como se esperava — com o país sob nova direção

política e administrativa, para júbilo de alguns e desespero de outros. As promessas de campanha começam agora sua trajetória própria, nem sempre regular, para que possam passar do plano da retórica para o plano real. Ainda sob o clima de disputa eleitoral que teima em permanecer, neste início de governo foi conferido destaque ao Decreto 9.685, de 15 de janeiro de 2019, que altera a regulamentação da posse de armas de fogo. O diploma alterou o anterior Decreto 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento).

A discussão a respeito do combate à violência por intermédio da facilitação do acesso às armas é muito relevante. Entretanto, a questão não é meramente jurídica — ao contrário, me parece menos jurídica do que social e política, razão pela qual desconfio de opiniões jurídicas relativas a um assunto que demanda estudos, reflexões e pesquisas que apenas necessitarão do Direito para seu formato final, não para a concepção em si de uma política pública. Desta forma, este artigo cuidará do decreto enquanto instrumento de uniformização da aplicação da lei, na forma disposta pela Constituição, utilizando como exemplo o teor do Decreto 9.685/19.

O chamado poder regulamentar tem suas raízes na tradição monárquica. García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández^[1] ensinam que a consolidação definitiva da função regulamentar geral da administração se produziu em razão do chamado “princípio monárquico”, que coexistia, com legitimidade própria após as revoluções liberais, ao lado do “princípio democrático”, sendo a junção dos dois a Constituição. Rezava o liberalismo que cada um dos princípios deveria ter capacidade para produzir uma norma própria: enquanto o princípio democrático originava a lei, o monárquico originava o regulamento. A partir de sua origem, foi possível identificar a função regulamentar nos moldes do sistema francês geral e sem necessidade de atribuições legais específicas, ao lado do sistema anglo-saxão, que, com maior fidelidade à separação de Poderes, sustentou-se por meio de delegações legislativas específicas. O poder regulamentar era visto, então, como imanente ao exercício do Poder Executivo, contido em sua razão de existir, razão pela qual deveria ser reconhecido mesmo na ausência de reconhecimento expresso no Direito Positivo.

Nosso Direito Administrativo é descendente em grande parte do Direito francês, por sua vez esculpido após a Revolução de 1789. O reconhecimento ao governo de uma *função regulamentar*, subordinada às leis, em princípio limitada a explicá-las para sua execução, se liga à *contradição essencial* entre os grandes ideais revolucionários que inspiraram o movimento (igualdade, liberdade, separação de poderes, legalidade, voltados à limitação do poder estatal) e as verdadeiras aspirações da nova classe dominante por um poder ainda mais robusto que no Estado absoluto. Em sua origem, a função regulamentar era imanente à administração, reconhecida em seu âmago, em decorrência de sua submissão à lei, efetivada com algumas sutilezas nos diversos sistemas jurídicos. Não seria absurdo afirmar que, mais que um poder jurídico, tratava-se de poder político e administrativo.

Atualmente, a Constituição não pode ser mais vista como um mero pacto de convivência entre *soberano* e sociedade, como nas origens do poder regulamentar. *Toda e qualquer função, incluída a regulamentar, somente pode ser concedida e regrada pelo ordenamento, nas estreitas raias da juridicidade*. Rejeita-se, por isso, a existência de qualquer atribuição que não possa ser reconduzida, ainda que indiretamente, ao texto fundamental. Trata-se, é fácil perceber, de um *poder constitucional*, e não meramente administrativo. Em apertado resumo, o *fundamento* da função regulamentar é a Constituição, que deve discipliná-la em todos seus aspectos; suas justificativas atuais são a necessidade de assegurar a correta e equânime execução das leis, mediante procedimentos e determinações dirigidas aos agentes que irão executá-la; e ainda a necessidade ativa do Estado de movimentar-se, utilizando-se de diversos mecanismos além das leis, para atender às exigências contempladas na Constituição.

O segundo ponto tratado merece realce: o chamado *regulamento de execução* é necessário para *uniformizar a aplicação das disposições legislativas*, notadamente em atenção às exigências do princípio constitucional da igualdade. Na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispões, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta. (...) Ditas normas são requeridas para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos aspectos procedimentais de seu comportamento quanto no que respeita aos critérios que devem obedecer em questões de fundo, como condição para cumprir os objetivos da lei (...) Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discrecionalidade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecida em termos de objetividade absoluta – não haverá

lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se expõe sinteticamente[2].

O regulamento executivo está subordinado à lei. A aptidão para exercer competência normativa inaugural e emanar preceitos com força primária que inovam no ordenamento jurídico pertence, em princípio, ao Legislativo. Entretanto, essa proibição de inovação deve ser entendida em seus devidos termos — não cabe atribuir à afirmativa valor absoluto ao ponto de tornar o regulamento inútil, limitando-se a repetir a lei.

Feitas essas considerações, voltemos ao ano de 2019.

O Estatuto do Desarmamento estabeleceu que, para adquirir arma de fogo de uso permitido, o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos (artigo 4º):

“I – comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; ([Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008](#)); II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; e III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei”.

O regulamento, como se sabe, não pode estabelecer exigências não previstas em lei, mas apenas cuidar das disposições interpretativas e operacionais necessárias à aplicação da lei. Por essa razão, ao estabelecer os requisitos para adquirir arma de fogo de uso permitido, o Decreto 5.123/2004 não criou novidade jurídica com relação ao disposto no Estatuto do Desarmamento — no essencial, estabeleceu que a aptidão psicológica será atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado (artigo 12). O Decreto 9.685/2019, por seu turno, inovou: na hipótese de residência habitada também por criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental, será necessário apresentar declaração de que a residência do interessado possui cofre ou local seguro com tranca para armazenamento. Não houve qualquer celeuma jurídica com relação à criação de novo requisito por decreto, aumentando o rol de requisitos legais. Entretanto, é possível reconhecer competência para a edição direta de norma protetiva de direito fundamental (proteção à criança, adolescente e pessoas com deficiência) que não contrarie texto legal, com fundamento direto na Constituição.

A alteração de maior relevo reside na interpretação da expressão ampla “efetiva necessidade”, requisito previsto em lei para a compra de armas de fogo permitidas. O decreto de 2014 não explicitava o que se entendia por “efetiva necessidade”, tampouco lançava parâmetros interpretativos para tanto. Exigia-se apenas que fossem explicitados os fatos e circunstâncias que levavam o interessado a imaginar que teria a “efetiva necessidade” de uma arma; tais fatos e circunstâncias seriam analisados pela Polícia Federal, a quem caberia decidir, em definitivo, a respeito do assunto. Na prática, um delegado da Polícia Federal decidia se o cidadão necessitava ou não efetivamente de uma arma. O novo decreto trouxe objetividade para densificar, no caso concreto, a expressão imprecisa. De fato, o parágrafo 7º do artigo 12 estabelece hipóteses nas quais considera-se presente a efetiva necessidade. Trata-se de utilização da função regulamentar para sua finalidade típica: uniformizar a aplicação da lei, diminuindo ou balizando a discricionariedade dos agentes públicos envolvidos. No fundo, sobeja a ideia de buscar o tratamento o mais equânime possível, à vista das múltiplas interpretações admitidas. O decreto *não alarga o conceito* ; ao contrário, o restringe.

O Decreto 9.685/19 não se limitou a estabelecer situações que se enquadram no conceito, mas também estabeleceu presunção de “veracidade dos fatos e das circunstâncias afirmadas na declaração de efetiva necessidade” (artigo 12, parágrafo 1º). Apesar de opiniões em sentido contrário, não consigo enxergar no dispositivo renúncia à competência discricionária, tampouco renúncia ao dever de fiscalizar. A declaração continuará a ser analisada pela Polícia Federal, sem prejuízo da existência de outros requisitos objetivos, constantes do parágrafo 9º do artigo 12. A presunção de veracidade se baseia na análise do direito de posse de arma enquanto integrante do direito fundamental à defesa da vida (as controvérsias relativas a essa questão, como se sabe, são imensas, apaixonadas e talvez até apaixonantes. Entretanto, trata-se de um dos fundamentos invocados para as alterações trazidas pelo decreto). Dessa forma, há *inversão* da presunção — *o Estado deverá demonstrar que não há efetiva necessidade* para então indeferir — por se aplicar interpretação ampliadora dos direitos que integram o conteúdo de direito fundamental. Não há propriamente novidade no assunto: as declarações de hipossuficiência e raça os seus respectivos alcances no campo das presunções são alguns exemplos. Como toda presunção relativa, a nova presunção pode ser afastada mediante prova em sentido contrário.

Como esclarecido no início, este texto objetivou retomar os fundamentos clássicos da função regulamentar por intermédio da análise de alguns dispositivos do Decreto 9.685/19. Não há — e não houve — qualquer pretensão de formular juízo a respeito da conveniência de facilitar o acesso às armas ou mesmo previsões a respeito do resultado das novas regras no combate à violência. De qualquer maneira, deixo explicitada a esperança de que o direito de acesso às armas, fundado no direito fundamental de defesa da vida, não seja confundido com política pública de prevenção e redução da violência.

[1] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* v.I.11.ed. Madrid: Civitas, 2002a.

[2] BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 333.

Date Created

24/01/2019