



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

André Rodrigues Cyrino

**Delegações legislativas e poder regulamentar:
política e direito na administração pública brasileira**

Rio de Janeiro

2015

André Rodrigues Cyrino

**Delegações legislativas e poder regulamentar:
política e direito na administração pública brasileira**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C997 Cyrino, André Rodrigues.

Delegações legislativas e poder regulamentar : política e direito na administração pública brasileira / André Rodrigues Cyrino. - 2015.

266 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo Brasil - Teses. 2. Poder legislativo - Teses. 3. Administração pública – Teses. 4. Direito público – Teses. 5. Poder regulamentar - Teses. I. Binenbojm, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.9(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

André Rodrigues Cyrino

**Delegações legislativas e poder regulamentar:
política e direito na administração pública brasileira**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 11 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm (orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. Paulo Braga Galvão
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. Fernando Leal
Fundação Getúlio Vargas

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Para Maria Isabel e Antônio, com todo meu amor.

Com vocês, sempre vale à pena.

AGRADECIMENTOS

Gracias a la vida, que me ha dado tanto

Violeta Parra

Inácio de Loyola ensinava que “*não é o muito saber que sacia e satisfaz a alma, mas o sentir e saborear internamente as coisas*”. Posso dizer, sem exagero, que nenhum conhecimento acumulado durante esses anos de doutorado satisfaz-me tanto quanto a oportunidade de poder agradecer. E creio que isso aconteça porque agradecer implica, necessariamente, lembrar e saborear. Com a memória do coração, tenho o prazer de recordar cada incentivo, cada aula e seminário, as conversas de orientação, e cada pessoa que tornou esse caminho viável e menos tormentoso.

Agradecer é um privilégio. É para aqueles que sabem que só chegaram a algum lugar porque tiveram apoio. Ninguém é bom sozinho. Eu sou um privilegiado. E tanta coisa aconteceu.

Sou grato, em primeiro lugar, à minha família de origem. A Dolesal, meu bisavô, que se casou com Lulu, com quem teve 14 filhos, e que saiu de Curvelo-MG, para Belo Horizonte, buscando um futuro melhor. Agradeço a Antônio e a Maria do Carmo, que, seguindo o conselho de Seu Dolesal, pai de Maria, também foram para a capital, onde conseguiram criar e educar 9 filhos. Sou filho do segundo deles: Fernando, meu primeiro professor, que quase nasceu no trem entre Curvelo e BH. E que conheceu, na cidade, Carmen, filha de Maria da Penha, com quem se casou e teve 4 filhos. Sou o primeiro. Depois vieram Marina, Ana Luiza e Pedro. Sou grato a todos eles, que sempre estiveram comigo. Até quando não estavam presentes.

Sou grato à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde fiz amigos para a vida toda desde 1998. Sou grato ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, onde me tornei Mestre em Direito Público e pude cursar o Doutorado. Agradeço por seu excelente corpo docente nas figuras dos Professores Paulo Braga Galvão, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lobo Torres, os *founding fathers* do Programa, como registraram, recentemente, os Professores Patrícia Baptista e Rodrigo Brandão. Espero, em breve, poder integrar esse time de feras. Agradeço, ainda, pelas instigantes aulas no programa de doutorado, aos Professores Jane Reis Gonçalves Pereira, Alexandre Santos de Aragão e Daniel Sarmiento. Um agradecimento especial ao Professor

Rodrigo Brandão, em cujas aulas, pela primeira vez, pude debater temas centrais desta tese. Rodrigo tornou-se um interlocutor fundamental para esta tese.

Meu orientador, Gustavo Binenbojm, merece um parágrafo exclusivo. Mais que meu professor desde a graduação, tornou-se incentivador e amigo. Tenho muita sorte de poder conviver diariamente com a inteligência e a análise crítica desse grande jurista brasileiro. Gustavo foi, é e continuará sendo meu mentor. É muito bom tê-lo por perto. Com ele aprendi a importância de divergir e debater ideias, ainda que sejam as suas próprias visões do Direito Administrativo.

Poder dissentir sem temer reprimendas no mundo acadêmico brasileiro é para poucos. Sou grato por isso desde a UERJ. E por ter tido a oportunidade de cultivar intensamente essa virtude durante o programa de LL.M. (*Master in Laws*) na Yale Law School (YLS) nos anos de 2008 e 2009, em New Haven, nos EUA. *Discordar*: foi essa a primeira lição de Bruce Ackerman em Yale, a qual ele diz ter aprendido com Alexander Bickel. Ackerman também me ensinou que ser Professor é saber que se está formando gente que possa mudar as coisas. Que possa fazer diferente. Suas aulas inspiravam transformação e espero conseguir provocar esse tipo de reação em meus alunos. Em YLS também pude conviver em sala de aula, entre outros, com professores brilhantes como Paul Kahn, Susan Rose-Ackerman e Jerry Lewis Mashaw. Paul Kahn é um gênio da crítica e de um pensamento cortante sobre teorias filosóficas e políticas nas suas relações com o direito. Susan é uma professora atenciosa e extremamente interessada em Direito Administrativo comparado. Ser seu aluno e supervisionado durante o LL.M. contribuiu para aquilo que penso sobre o papel do administrativista no mundo de hoje. Jerry Mashaw é dono de um cérebro extraordinário que aceitou, generosamente, orientar a elaboração de um *paper* que mudou a minha forma de pensar o direito público como um todo. Aqueles que se aventurarem pelas páginas que se seguem conseguirão enxergar isso. Minha gratidão ao Professor Mashaw é expressa nos capítulos dessa tese. Ele, provavelmente, nunca saberá o quanto marcou o meu jeito de entender o direito. Essa tese não existiria sem ele. Essa tese não existiria sem YLS.

Sou grato, também, aos meus colegas de disciplinas do Doutorado na UERJ, com quem convivi e amadureci minhas ideias. Corro o risco de esquecer gente importante, mas destaco os colegas: Felipe Fonte, Rodrigo Zambão, Carina Lellis, Filipe Guedes e Carlos Alexandre Campos. Marcelo Travassos e Thiago Araújo, embora não tenham cursado o doutorado comigo, sempre me incentivaram, desde o mestrado. Muito obrigado!

Um registro especial pelo apoio incondicional dos colegas do BGCB. Gustavo, Lauro e Flávio são os melhores parceiros de advocacia que alguém poderia ter. Alice, Carol e Rafa:

vocês são demais! Aprendo todo dia com vocês. Rafael, em particular, meu amigo dileto desde a graduação e interlocutor para todos os assuntos. Muito obrigado! Agradeço, ainda, a todo time de advogados, sublinhando o apoio e interlocução especial do brilhante advogado Francisco Defanti, que reviu cada página desse trabalho, bem como a arguta pesquisa feita pelo Renato Toledo, o *Renatão*, que ajudou em pontos importantes do trabalho. BGCB: muito obrigado! Sem vocês não funcionaria.

Agradeço, também, à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, onde fiz amigos e pude lecionar num ambiente vibrante de debate e pesquisa. Agradeço ao coordenador da graduação, Prof. Thiago Bottino, que sempre deu espaço e apoio para o meu trabalho. Na FGV-Direito Rio, em *workshop* dos pesquisadores da Escola, tive a chance de debater *public choice* na democracia brasileira. Este foi certamente um dos pontos altos do amadurecimento da minha pesquisa. Agradeço ao querido amigo, colega e Professor Diego Werneck Arguelhes por essa oportunidade e pelas críticas aos meus escritos que foram amadurecendo as ideias dessa tese, desde New Haven. Na FGV, na Escola de Administração Pública, também destaco o incentivo recebido do Professor Carlos Pereira, com quem tive conversa profícua que acabou por marcar as páginas que se seguem.

Sou grato à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em especial à PG-10, onde encontrei amigos incríveis, aos quais agradeço na figura de Ricardo Pontes, o BFF daquela confraria da qual muito me orgulho.

E os amigos de toda hora... são tantos que souberam aturar este doutorando. Dois grupos merecem destaque: a Turma do Mumu e o Pasqua. Quanta gente boa! Obrigado por ser um pasqualino e amigo do Mumu. Vocês são sensacionais!

Durante a elaboração da tese, contei, ainda, com a luxuosa pesquisa de Ana Luiza Calil. Ana foi minha estagiária na Procuradoria-Geral do Estado e depois seguiu comigo por muito tempo, ajudando a localizar literatura, organizar pesquisa e ajudar na revisão. Ana, é um prazer poder contar com seu trabalho. Que você tenha muito sucesso! Será inevitável. Obrigado!

Já na reta final, Rodrigo Naumann, leu atentamente as páginas desse trabalho, revendo e fazendo sugestões fundamentais. Obrigado mesmo, Rodrigo! Um *peer review* de primeiríssima qualidade!

Finalmente, sou grato à Maria Isabel, namorada, companheira, esposa e mãe do nosso Antônio, que cresceu junto com a tese, e da Maria Cecília, que logo vem por aí. Obrigado por ser minha mais linda torcedora. Amo você!

Ante todo, nunca tanto poder normativo
ha sido ‘delegado’ por el Parlamento¹

Sabino Cassese

Conceptual accounts of law that only emphasize rules and say nothing more about legal institutions than that some institutions make rules and some apply them are too casual in their understanding of what a legal system is; they are like understandings of democracy that neglect the central role of elections.

Jeremy Waldron²

¹ CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Trad. para o espanhol de Pascual Caiella e Juan Gonzáles Moras. Buenos Aires: Abelado Perrot, 2003, p. 51.

² WALDRON, Jeremy. “The concept and the rule of law”, in *Georgia Law Review*, vol. 43, n. 1, 2008, p. 55.

RESUMO

CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas e poder regulamentar: política e direito na administração pública brasileira*. 2015. 266 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Esta tese objetiva analisar o fenômeno das delegações legislativas no Brasil, de forma a situar o princípio da indelegabilidade na interseção entre a ciência política descritiva e o Direito Administrativo. O trabalho está organizado em três partes. A primeira parte tem como foco a apresentação do debate sobre as delegações legislativas no conhecimento jurídico corrente, sua casuística e inconsistências. Inicia-se com o estudo do princípio da indelegabilidade legislativa, verificando suas origens e pressupostos, passando por seus corolários do Estado de Direito (*rule of law*), princípio democrático e separação de Poderes. Na sequência, será narrada a história da denominada *nondelegation doctrine*, desenvolvida nos EUA e que ensejou profícua discussão a merecer análise para o aprofundamento da questão no Brasil. Também serão objeto da Primeira Parte o exame da figura da lei delegada, prevista no art. 68 da Constituição, bem como das principais teorias sobre o poder regulamentar, verificando as suas espécies e características básicas. Por fim, será examinada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se as dificuldades de uma definição clara quanto aos limites jurídicos às delegações legislativas. Na segunda parte, as delegações legislativas serão apresentadas como uma das engrenagens da dinâmica política presidencialista, tendo em vista o chamado presidencialismo de coalizão – suas críticas, resultados e impactos na democracia brasileira. A experiência dos EUA será, mais uma vez, levada em consideração. Serão abordadas as teorias de *public choice* e o modo como elas são usadas para aperfeiçoar o debate sobre delegações legislativas, tornando-o mais próximo da realidade, numa construção pragmática do próprio Direito Administrativo daquele país. Finalmente, na terceira parte, será apresentada uma proposta de abordagem para as delegações legislativas no Brasil. A meta é oferecer parâmetros interpretativos, os quais poderão contribuir para a redefinição dos limites do poder regulamentar, enquanto mecanismo de delegação legislativa em benefício e promoção dos valores constitucionais. Almeja-se um desenho de poder regulamentar compatível com uma Administração Pública que seja funcional e capaz de atingir suas finalidades, dentro do projeto democrático da Constituição de 1988. Isto para, ao final, propor critérios objetivos que possam, em conjunto, auxiliar o intérprete no exame de legitimidade das delegações.

Palavras- chave: Direito Administrativo. Pragmatismo Jurídico. Ciência Política Descritiva. Delegações Legislativas. Legalidade administrativa.

ABSTRACT

CYRINO, André Rodrigues. *Legislative delegation and ordinance making power: politics and law in the brazilian public administration*. 205. 266 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This thesis aims to analyze the phenomenon of legislative delegations in Brazil, in order to insert the nondelegation principle at the intersection of positive political science and Administrative Law. The thesis is organized in three parts. The first part focuses on the presentation of the debate on legislative delegations in the current legal literature, its case study and inconsistencies. It begins with the study of the nondelegation principle, its premises and assumptions, through its corollaries of the rule of law, democratic principle and separation of powers. Then, we will tell the story of development and debate regarding the *nondelegation doctrine* in the United States. In the First Part we will also analyze the so-called *delegated statute*, established in article 68 of the Constitution and the main theories regarding ordinance making power of Public Administration, explaining its types and basic features. Finally, the case law of the Brazilian Supreme Court will be studied, highlighting the difficulties of a clear definition of the limits to legislative delegations. In the second part, the legislative delegations phenomenon will be approached as one of the mechanisms of the presidential political dynamics, given what the literature calls *Presidencialismo de Coalização* – its problems, outcomes and impacts in the Brazilian democracy. The US experience will be, again, taken into account in a reading of public choice theories and the way they are used to improve the debate on legislative delegations, making it closer to reality, in a pragmatic construction of administrative law. Finally, in the third part, it will be presented a proposal on the approach of legislative delegations in Brazil. The goal is to provide interpretative parameters, which can contribute to redefining the limits of legislative delegation, and how it may benefit and promote constitutional values. The work aims to achieve a decree power design that supports a functional public administration which is able to reach its goals within the democratic project of the 1988 Constitution. At last, this thesis proposes some objective criteria that can as a whole help the interpreter on the examination of the legitimacy of delegations.

Keywords: Administrative Law. Legal Pragmatism. Positive Political Science. Nondelegation Doctrine. Legality principle in Administrative Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 O DEBATE JURÍDICO CORRENTE SOBRE AS DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS	35
1.1 Estado de Direito, separação de poderes e legalidade administrativa: as bases da doutrina da indelegabilidade.....	35
1.1.1 <u>Apresentação</u>	35
1.1.2 <u>O Estado de Direito: o Estado da legalidade</u>	36
1.1.3 <u>O princípio da separação de Poderes</u>	51
1.1.4 <u>O princípio democrático</u>	57
1.2 A doutrina da indelegabilidade e o poder regulamentar.....	58
1.2.1 <u>Apresentação</u>	58
1.2.2 <u>A <i>nondelegation doctrine</i>: fundamentos, jurisprudência, debate e permanência nos EUA</u>	60
1.2.3 <u>As delegações e a doutrina da indelegabilidade no Brasil</u>	74
1.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema das delegações na vigência da Constituição de 1988.....	115
1.4 Encerramento da primeira parte.....	129
2 AS DELEGAÇÕES COMO UM PROBLEMA POLÍTICO.....	133
2.1 Apresentação: entre o <i>ser</i> e o <i>dever ser</i>.....	133
2.2 Há razão para considerar a política na construção de teses jurídicas?.....	134
2.3 <i>Public choice</i>. Uma possível abordagem para a realidade política e para o Direito Administrativo.....	137
2.4 O presidencialismo de coalizão. Como se governa o Brasil.....	142
2.5 Teoria política das delegações e o presidencialismo de coalizão brasileiro.....	152
2.6 Encerramento da segunda parte.....	161
3 DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS PARA A REALIDADE INSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	164
3.1 Apresentação.....	164
3.2 Como as delegações legislativas são tratadas no Brasil e as insuficiências da doutrina.....	166

3.2.1 <u>A doutrina da indelegabilidade</u>	166
3.2.2 <u>A doutrina da juridicidade</u>	169
3.2.3 <u>A doutrina pragmática-intuitiva</u>	170
3.3 A proposta desta tese: juridicidade pragmática	172
3.4 A mutação do art. 25, I, ADCT. A possibilidade de delegações legislativas no Direito Administrativo brasileiro	175
3.5 As delegações legislativas a serviço da democracia	182
3.5.1 <u>Alinhamento majoritário e funcionalidade do presidencialismo</u>	185
3.5.2 <u>Diminuição dos custos de coalizão no Congresso Nacional</u>	191
3.6 Controle e supervisão do Congresso Nacional. O caso do art. 49, V, da Constituição e a defesa por intensificação do diálogo institucional	193
3.7 Legalidade administrativa e poder regulamentar no Brasil de carne e osso	196
3.7.1 <u>Vinculação organizacional</u>	199
3.7.2 <u>Vinculação processual</u>	200
3.7.3 <u>Vinculação substancial: reposicionando as reservas de lei</u>	206
3.8 Uma proposta: cinco cânones para a avaliação da legitimidade do poder normativo da Administração Pública brasileira	211
3.8.1 <u>CrITÉrio literal: as reservas específicas de lei</u>	211
3.8.2 <u>Direitos fundamentais</u>	212
3.8.3 <u>Tecnicidade</u>	213
3.8.4 <u>Processualidade</u>	215
3.8.5 <u>Controlabilidade</u>	215
CONCLUSÃO	218
REFERÊNCIAS	241

INTRODUÇÃO

a) Por uma nova teoria das delegações legislativas no Brasil.

O desenvolvimento da técnica da alocação de competências normativas no feixe de atribuições da Administração Pública é bem conhecido. Trata-se de traço marcante não só de regimes autoritários, mas também daqueles que se identificam como democráticos³. É corriqueiro o argumento de que, desde a consagração do Estado de bem estar social, as demandas das sociedades organizadas clamam por uma Administração Pública mais forte, com destaque para o desenvolvimento de poderes normativos, dentro de um sistema de delegações legislativas⁴. Esse é um *mal necessário*⁵, diriam alguns, que a evolução do Estado de Direito não conseguiu (ou não quis) conter.

Há argumentos para sustentar, contudo, que a Constituição brasileira de 1988, assim como outras Leis Fundamentais⁶, quis abolir a presença das delegações legislativas no ordenamento jurídico pátrio. E isso não apenas: (i) ao estabelecer o princípio da legalidade administrativa no art. 37, mas também (ii) quando criou limites estritos para a edição da lei delegada no art. 68, (iii) estabeleceu que os regulamentos do Presidente da República devem ser expedidos para fiel execução da lei (art. 84, IV), bem como (iv) quando revogou, com

³ Para um panorama da política de delegações para autoridades independentes na Europa e nos Estados Unidos, v. THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone (coord.). *The politics of delegation*. Londres: Frank Cass and company limited, 2003.

⁴ V. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986: que, apesar de reconhecer que o autoritarismo que se viveu no Brasil no período militar contribuiu para o esvaziamento do Poder Legislativo, admite que algum sistema de delegações (que não podem chegar ao nível da abdicação legislativa) seja inerente às necessidades de um Estado preocupado com prestações positivas.

⁵ “Legislação delegada é um mal necessário. As razões clássicas para o seu uso, *i.e.*, falta de tempo parlamentar, a necessidade de conhecimentos técnicos, a necessidade de flexibilidade e detalhamento, são tão válidas hoje quanto sempre foram. O perigo nos avanços recentes é o de que as formas excepcionais de legislação delegada ameacem se tornar a regra” (GANZ, Gabriele. “Delegated legislation: a necessary evil or a constitutional outrage?”, in *Administrative law facing the future* (ed. Peter Leyland e Terry Woods), Londres: Blackstone Press, 1997, pp. 80-81). A autora, que apresenta o problema na Inglaterra, aponta essa tendência de delegações desde o século XIX, com delegações em branco que denomina de “cláusulas Henrique VIII”, numa referência ao absolutismo. Conforme Paul P. Craig: “*Delegated legislation is not a new phenomenon. While the Statute of Proclamations 1539 giving Henry VIII extensive powers to legislate by proclamation proved to be a relatively short-lived measure, the Statute of Sewers 1531 was the harbinger of a more general trend. The latter vested the Commissioners of Sewers with full powers to make laws and decrees concerning drainage schemes and the levying of rates to pay for them*” (CRAIG, Paul P., *Administrative Law*, 7ª ed., Londres: Thompson Sweet and Maxwell, 2012, p. 434).

⁶ Para uma análise comparada do problema jurídico-constitucional das delegações legislativas, v.: IANCU. Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012 (especialmente o cap. 3).

dicção peremptória, as delegações normativas pretéritas (art. 25, I, ADCT⁷), o que é interpretado por significativa doutrina⁸ como um comando para o futuro. Na verdade, o intuito, ao menos textual, de extinção dessa forma de transferência de poderes veio se repetindo no Brasil desde a Constituição de 1934⁹, reiterando-se regra de vedação expressa às delegações legislativas nas Cartas de 1946¹⁰, bem como nos Textos de 1967¹¹ e 1969¹². As Constituições de 1824 e 1891 foram omissas quanto ao ponto, embora seja fato que, durante a vigência da Carta de 1891, o STF tenha entendido que vigorava no Brasil um princípio implícito de indelegabilidade¹³. Apenas a Carta outorgada de 1937 autorizou o caminho das delegações legislativas, o que se mostrou despiciendo diante do fechamento do Congresso na ditadura do Estado Novo¹⁴. Em todo caso, inobstante o hiato da Carta de 1937, o fato

⁷ “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa; (...)”

⁸ V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 359. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o art. 25 ADCT “representa a expressão clara” de que se quis acabar com os abusos no processo de delegações legislativas. No mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 339.

⁹ Constituição de 1934, art. 3º, § 1º: “Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

§ 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições.”

¹⁰ Constituição de 1946: “Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. (...)

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.”

¹¹ Constituição de 1967: “Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.”

¹² Emenda Constituição nº 1º de 1969:

“Art. 6º. São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro.”

¹³ V. LEAL, Victor Nunes. “Delegações legislativas”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 92 e seguintes (narrando como o STF enfrentava o problema que lhe era apresentado, notadamente durante a Primeira República). Victor Nunes Leal também registra que durante a Constituição do Império, havia uma prática de delegações legislativas, embora isso fosse condenado pela doutrina (LEAL, Victor Nunes. “Lei e regulamento”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 58).

¹⁴ A Constituição de 1937, na verdade, continha regra que autorizava expressamente as delegações legislativas. Tanto por previsão de que as leis do Parlamento deveriam ter conteúdo aberto, quanto por meio de delegações expressa. É o que dispunham os artigos 11 e 12. *In verbis*: Art 11 - A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares.

Art 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

É claro, por outro lado, que essas autorizações perdiam importância diante do fechamento do Congresso durante o Estado novo, o que, inclusive, permitia que o próprio presidente emendasse a Constituição:

histórico é que os constituintes brasileiros demonstraram que estavam convencidos da necessidade de conter transferências de poderes normativos pelo legislador.

Sem embargo dessa tradição constitucional, são notórias as leis conferindo à autoridade administrativa a capacidade de estabelecer normas em certas searas, fixando parâmetros ínfimos, ou quase nenhum¹⁵. Por exemplo: as atribuições normativas feitas ao Conselho Federal de Medicina (CFM) pela, ainda vigente e muito aplicada, Lei nº 3.268/1957.

Com base em competências genéricas para regular o exercício da profissão médica, dentre as quais sequer consta expressamente a capacidade para expedir resoluções¹⁶, a autarquia profissional tem instituído regramentos relevantes em assuntos sensíveis a direitos fundamentais¹⁷, destacando-se os casos: (i) da regulação detalhada de técnicas de reprodução assistida, como a fertilização *in vitro* e a maternidade por substituição, conhecida como “barriga de aluguel” (Resolução CFM nº 1.358/1992); (ii) a normatização dos procedimentos cirúrgicos de mudança de sexo (a chamada transgenitalização, cfr. a Resolução CFM nº 1.652/2002); e (iii) o estatuto básico sobre a limitação consentida de tratamento (Resolução

“Art 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.”

¹⁵ O que por vezes se denomina *delegação imprópria*, cfr. TCU, Decisão nº 663/2002, Rel. Ministro Ubiratan Aguiar, Plenário, j. em 19.06.2002.

¹⁶ O mais próximo que se chega disso é o art. 5º, d, que estabelece a atribuição do CFM para “votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais”. Também poderia ser fundamento remoto para o poder normativo do conselho o art. 2º da lei, cuja dicção determina que: “[O] Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente”.

¹⁷ V. sobre o tema: HIJAZ, Tailine Fátima e CONTI, Paulo Henrique Burg, “O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do conselho federal de medicina”. *In anais do III Seminário de Ciências Sociais Aplicadas: desenvolvimento rural e urbano em sua diversas perspectivas*. Criciúma: UNESC, Vol. 3, nº 3, 2012. Disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/seminariocsa/article/viewFile/655/646>, acesso em 06.12.2013.

CFM nº 1.805/2006¹⁸). Vale dizer: na ausência de lei, o CFM atua como verdadeiro legislador em temas delicados e mercedores de regras.

Outro caso ilustrativo do problema é o do Decreto presidencial nº 2.745/1998, que aprovou o “*Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A.*” (PETROBRAS¹⁹). Tal estatuto, editado com fundamento no art. 67 da Lei nº 9.478/97 (“Lei do Petróleo”), define o regime especial de licitações e contratos da estatal, liberando-a da incidência da Lei nº 8.666/1993²⁰. O objetivo era tornar o sistema de contratações da companhia mais simples e célere, o que parece ter ocorrido.

Tudo isso foi feito, porém, com fundamento em dispositivo legal cuja letra, de maneira direta, transferiu ao Presidente da República a definição das regras de licitações e contratos da empresa. De fato, a Lei nº 9.478/97 apenas previu, sem especificações, que: “[O]s contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República” (art. 67)²¹.

As críticas ao art. 67 surgiram de muitos lugares²². As mais efetivas vieram do Tribunal de Contas da União (TCU), cuja jurisprudência criou embaraço ao modelo, tido por uma delegação inconstitucional²³. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal, em decisões

¹⁸ A matéria também é disciplinada pela Portaria do Ministério da Saúde de nº 19/GM, de 03 de janeiro de 2002.

¹⁹ Sociedade de economia mista controlada pela União.

²⁰ A Lei nº 8.666/93 foi editada em cumprimento ao art. 37, XXI, cuja dicção determina: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

²¹ Tal dispositivo foi editado em cumprimento do art. 173, § 1º, III da Constituição determina que a “*lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica*”, regulando, dentre outros aspectos, “*licitação e contratação*”.

²² Sustentando a inconstitucionalidade do decreto e da delegação, v., por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 529. Em sentido contrário, v. BINENBOJM, Gustavo. “Regulamentos Simplificados de Licitações das Empresas Estatais: O Caso da Petrobrás” in *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008; e BARROSO, Luís Roberto. Regime jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto no 2.745/98. Parecer. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>. Acesso em 06.12.2013.

²³ V., e.g., TCU, Decisão nº 663/2002, Rel. Ministro Ubiratan Aguiar, Plenário, j. em 19.06.2002, em que se decidiu que: “o art. 67 da Lei nº 9.478/97 revestiu-se do caráter de delegação legislativa imprópria, por não ter especificado os princípios e critérios que deveriam ser seguidos pelo Chefe do Executivo no exercício da regulamentação. (...) Resumindo, então, a questão, temos que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal remeteu à lei o disciplinamento das licitações e contratações efetuadas pelo Poder Público. A única lei que realmente disciplinou o assunto foi a de nº 8.666/93, uma vez que a Lei nº 9.478/97, ao invés de dispor ao menos sobre normas e princípios gerais, remeteu a questão para norma de hierarquia inferior.”

perfunctórias, porém reiteradas²⁴, vem validando, na prática,²⁵ o art. 67 e o decreto que o regulamentou. Forte em argumentos consequencialistas e com base no poder geral de cautela, a Corte destacou o grave risco de dano irreparável na manutenção de exegeses que infirmassem a sistemática engendrada a partir do art. 67 da Lei do Petróleo. Diante do regime constitucional de concorrência em que inserida a PETROBRAS, o STF entende que a companhia carece de tratamento mais flexível para suas licitações e contratos, com o que acabou por expandir a capacidade regulamentar do Presidente da República, dentro de uma visão mais flexível de legalidade administrativa²⁶.

É com esse tipo de argumentação que as delegações são por vezes admitidas. Elas seriam exigências de um Estado tido como instrumento de prestações coletivas abrangentes, as quais não parecem ser passíveis de atendimento no processo legislativo. A *lei* é um instrumento insuficiente²⁷. Ou mesmo inadequado para o Estado contemporâneo brasileiro. São muitas as demandas e necessidades e não haveria tempo, conhecimento técnico e disposição política para que as mesmas fossem atendidas pelo Poder Legislativo. O Administrador precisa trabalhar e o eleitorado quer um governo que funcione, ainda que por meio de delegações²⁸.

²⁴ V. STF: MS n° 31.235 MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 29.03.2012; MS n° 29.468-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 09.02.2011; MS n° 29.123-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 08.09.2010; MS n° 28.744-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 17.11.2010; MS n° 29.326-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 22.10.2010; MS n° 28.745-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 13.05.2010; MS n° 28.626-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 05.03.2010; MS n° 28.252-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.09.2009; MS n° 27.796-MC, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 09.02.2009; MS n° 27.344-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02/06/2008; MS n° 27.337-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20.05.2008; MS n° 27.232-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20.05.2008; MS n° 27.743-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.12.2008; MS n° 26.808-MC/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02.08.2007; MS n° 26.783-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.08.2007; MS n° 25.986-ED-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.06.2006.

²⁵ A questão está em aberto, pois não ainda não houve julgamento de mérito sobre a validade do referido decreto.

²⁶ Nas palavras do Min. Gilmar Mendes: “A *submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC n° 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei n° 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, obrigando a Petrobrás, consequentemente, a cumprir as exigências da Lei n° 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177)” (STF, MS n° 25.888 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29.03.2006).*

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135.

²⁸ Pode-se dizer que, de uma maneira geral, os eleitores não estão muito preocupados com esse processo de realocação de competências no âmbito da Administração Pública. Não faz parte do debate político-eleitoral, por exemplo, a questão sobre a possibilidade de uma agência reguladora independente ditar as regras sobre serviços de telefonia, com base em delegações amplas. O interesse é muito mais simples: almeja-se um sistema de telefonia que funcione. Sobre o ponto, de uma perspectiva comparada, v. HUBER, John D. e SHIPAN, Charles R., *Deliberate discretion? The institutional foundations of bureaucratic autonomy*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

Esse discurso, muitas vezes, causa desconforto ao estudioso do direito público. Inúmeras reflexões são possíveis, e elas vêm sendo feitas há mais de um século. Recentemente, o debate ganhou combustível com a expansão do modelo de Administração Pública descentralizada e com a criação de entidades reguladoras independentes com poder normativo na sequência das privatizações nos anos 1990. Aliás, a transformação pela qual passou o Direito Administrativo brasileiro²⁹ a partir de então merece alguns parágrafos.

Quer do ponto de vista institucional, com o processo de descentralização administrativa, quer do ponto de vista da expansão das funções administrativas, que se tornaram mais complexas e capazes de abranger significativas capacidades judicantes e normativas, a Administração Pública de hoje não cabe no Decreto Lei nº 200/1967. Ademais, o Direito Administrativo é de difícil compreensão – ou aceitação – se amarrado a concepções outrora sagradas, como a de supremacia do interesse público sobre o privado³⁰, ou mesmo, o que é diretamente pertinente para a nossa empreitada, ao princípio da legalidade com os seus corolários tradicionais.

Nesse contexto, parece-nos inapropriado entender o poder regulamentar e a legalidade como desenharam os seus arquitetos. Essa postura: ou inviabilizaria a própria Administração Pública, ou levaria a uma conclusão de que boa parte do Direito Administrativo é simplesmente inconstitucional. Era preciso reconhecer a transformação de paradigmas³¹. E, assim, a partir do final dos anos 1990, difundiram-se trabalhos focados no estudo do poder normativo da Administração Pública reguladora perante a Constituição em vigor³². O problema das delegações e das funções normativas da Administração Pública ganhava novos contornos perante a Constituição que inaugurou o mais duradouro período de estabilidade

²⁹ Veja-se, a propósito, MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

³⁰ Ver a obra coletiva organizada por SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Em sentido contrário, v. a primeira parte da obra organizada por: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2010.

³¹ Sobre a ideia da transformação de paradigmas no âmbito científico, v. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005. No âmbito do direito administrativo, v. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V., também, MENDONÇA, José Vicente Santos de. “A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo: do estilo tradicional ao novo estilo”, in *Revista de Direito Administrativo* vol. 265, 2014, pp. 179-198, sustentando que a real mudança de paradigmas no direito administrativo é metodológica, e que o novo discurso do direito administrativo é “pragmatista, empiricista, assistematizador e assistemático, e cético em relação à centralidade do discurso jurídico” (p. 179).

³² V., por exemplo, JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002; ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). *O Poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006; e BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

institucional democrática já vivido no Brasil, mas sem que se descuidasse de uma abordagem pragmática; de uma preocupação com a eficiência e com o conhecimento técnico. Se o regime pós-1964 viveu o casamento centralizador e autoritário entre a tecnocracia e as forças armadas, na virada para o século XXI, viu-se no Direito Administrativo o matrimônio entre democracia³³ e *expertise*, a qual veio acompanhada de um forte processo de descentralização, inclusive normativa. Surgia um novo poder regulamentar.

Afirmou-se, nessa quadra e a despeito de importantes resistências³⁴, uma leitura favorável³⁵ à ampliação de capacidades normativas da Administração Pública, desde que parametrizada, *procedimentalizada* e passível de controles internos e externos. O modelo de Administração Pública descentralizada³⁶ do final dos anos 1990 e início do século XXI acabou se mostrando, assim: (i) compatível com a legalidade administrativa³⁷, que passou a ser vista, por significativa literatura, como juridicidade³⁸; (ii) condizente com a separação de Poderes³⁹, que deve ser vista de maneira atualizada, como um sistema de colaboração e diálogos institucionais⁴⁰; como, ainda, (iii) passível de harmonização com o princípio democrático⁴¹, notadamente por meio da exigência da legalidade/juridicidade e

³³ De forma simples, entendida como forma de governo da maioria, com respeito aos direitos fundamentais e proteção de minorias.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 27ª Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 355 e ss.

³⁵ V. STF, ADI 1668-5/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 20.08.1998, DJe 16.04.04.

³⁶ GUERRA, Sergio. *Agências reguladoras. Da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. “Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade”, in *O Poder normativo das agências reguladoras* (coord.: Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 25-73; MOREIRA NETO, Diogo, *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁸ Por exemplo: BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar: 2014, pp. 34-39; e BAPTISTA, Patrícia Ferreira, *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁹ E.g.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. “As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”. Revista Diálogo Jurídico, nº 13, 2002. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br. Acesso em 06.07.2011. Rejeitando o modelo, v.: GRAU, Eros. “Agências reguladoras, essas repartições públicas”, in *Regulação e desenvolvimento* (org.: Calixto Salomão Filho), São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 25-28.

⁴⁰ V. o nosso, CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*, Renovar: 2010 (v. a Quarta Parte).

⁴¹ Por exemplo: MATTOS, Paulo Todescan L. *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*, São Paulo: Singular, 2006; JUSTEN FILHO, Marçal. “Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na ‘regulação independente’?”, in *O Poder normativo das agências reguladoras* (coord.: Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 301-332; e BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

procedimentalização⁴² administrativas. Na síntese de Egon Bockmann Moreira ao tratar das agências reguladoras e da recente evolução do Direito Administrativo⁴³:

Hoje, depois de intensos e valorosos debates, tais assuntos se encontram datados: as agências são independentes, mas não soberanas; sua competência precisa ser definida em *standards* legislativos (subordinam-se às leis e à Constituição); possuem as respectivas competências regulamentares balizadas nas respectivas legislações de origem; os regulamentos por elas emanados dirigem-se imediatamente aos agentes econômicos (produtores e consumidores) do respectivo setor; todas elas se submetem a controle externo. Mas todas elas possuem um núcleo duro intangível: a competência para disciplinar o respectivo setor da economia, por meio da edição de regulamentos econômicos. Atualmente, a palavra-chave é ‘criar’: a interpretação das leis, inclusive pelas agências reguladoras e agentes regulados, como atividade criativa, e não meramente declarativa (como outrora defendida pelo Juspositivismo). Interpretar não é mais um meio para se chegar a algum lugar, mas a própria construção do lugar. O que faz com que os regulamentos sejam compreendidos como *atividade de determinação de significados* (e não apenas descrição destes).

Pois bem. A despeito dos passos importantes que foram dados, o tema das competências normativas da Administração Pública ainda carece de aprofundamentos. Há três principais motivos para isso.

Primeiro, porque é necessário aprofundar o estudo sobre o sentido do princípio geral de vedação às delegações legislativas *vis-à-vis* da teoria dos regulamentos. Existe, ainda, uma expressiva resistência em designar qualquer atuação administrativa como sendo fruto de uma delegação de atribuições legislativas. Faz-se um esforço retórico grande⁴⁴ para distinguir hipóteses de delegações, ou de atuações regulamentares, ou, ainda, complementares à lei, etc.. Tal empenho decorre da tradição constitucional brasileira de rejeição às delegações. Foge-se do rótulo, embora, na prática, seja muitas vezes claro que se esteja diante de nítida transferência de atribuição normativa⁴⁵, até mesmo porque, como regra, não é possível diferenciar lei e regulamento a partir de suas substâncias⁴⁶.

⁴² Sobre a procedimentalização da atividade normativa da Administração como requisito de sua própria validade, v. PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. “Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?”, in *Direito da Regulação e Políticas Públicas*, org. por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 130.

⁴⁴ Veja-se, por exemplo, o empenho de Carlos Mário da Silva Velloso, para quem: “O poder regulamentar deve ser entendido como atividade de natureza administrativa, inconfundível, pelo menos no sistema constitucional brasileiro, com a técnica de delegação legislativa” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Do poder regulamentar, in Temas de direito público*, 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 448; grifou-se).

⁴⁵ Veja-se, e.g., Caio Tácito, de cuja obra se extrai trecho que ilustra a típica rejeição brasileira às delegações, ao lado da aceitação de transferências normativas via poder regulamentar. No mesmo parágrafo, Caio Tácito afirma, primeiro, que: “Não há delegação de poderes quando o legislador, traçando *standards* ou paradigmas, transfere ao ato regulamentar a concretude de seu comando, atento à flexibilidade necessária à finalidade da lei”; para depois dizer que “regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar” (TÁCITO, Caio. “Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar”, in *Temas de direito público: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, tomo 2, p. 1079). Parece-nos

De um ponto de vista funcional, delegação e regulamentação são fenômenos similares. E assim merecem ser tratados: como irmãos siameses, inseridos no processo de alocação de funções normativas a outras instituições. Em outras palavras, como técnicas de delegação legislativa.

Um observador externo poderá achar estranho que, no Brasil, quando se almeja rejeitar uma atribuição normativa da Administração Pública diz-se que aconteceu uma delegação indevida. Todavia, quando o intento – pragmático ou não – for o de garantir a validade de tais poderes normativos, argumenta-se que a hipótese é de exercício próprio de poder regulamentar, e que não houve delegação, nada obstante a linguagem vaga e imprecisa da lei habilitadora. Na verdade, trata-se de faces de uma mesma moeda. Uma abordagem sincera não pode querer tentar separar tais realidades. Com honestidade intelectual, é preciso rever a rejeição às delegações e atribuir significado diverso ao princípio da indelegabilidade.

O *segundo* motivo a ensejar mais um mergulho no tema objeto desta tese decorre das transformações por que passou a expansão normativa da Administração após a primeira onda de regulação econômica vivenciada nos anos 1990. Mudanças que se deram, primordialmente, no âmbito da regulação econômica, que se viu imersa em agenda adepta ao capitalismo de Estado⁴⁷. A experiência dos últimos anos tem indicado que a cessão de capacidades de criação do direito a outros órgãos vai muito além do modelo institucional relativo às agências reguladoras. O caso citado do regulamento de licitação da Petrobras é um exemplo, como também são ilustrativas as capacidades normativas do TSE ou mesmo do CNJ⁴⁸.

errôneo dizer que *ampliar e completar conforme o espírito da lei* não seja uma decorrência de alguma forma de delegação legislativa.

⁴⁶ Em princípio, toda matéria que possa ser tratada em regulamento, também pode ser fixada em lei. Conforme Victor Nunes Leal: “de um ponto de vista puramente teórico, sempre é possível traçar as lindes da matéria deve caber ao regulamento e da que deve tocar às leis. Do mesmo modo se pode estabelecer fronteira entre a matéria constitucional e a matéria legal. Mas, qualquer que seja o critério teórico adotado, será sempre impreciso, e as controvérsias não terão fim (...) o critério substancial de distinção não oferece as mesmas garantias de certeza do critério formal” (LEAL, Victor Nunes. “Lei e regulamento”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 64). A despeito da dificuldade dessa diferenciação substantiva, fazemos uma única ressalva: a dos regulamentos autônomos de organização e funcionamento da Administração Pública, quando isso não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgão público (art. 84, VI, *a*, CRFB). Tal matéria exigirá do intérprete o dever de diferenciação, como sendo tema próprio e reservado do regulamento. A propósito, v. o nosso: CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

⁴⁷ Sobre o futuro da regulação neste contexto, v. MOREIRA, Egon Bockmann. “Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?”, in *Direito da Regulação e Políticas Públicas*, org. por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 107-139.

⁴⁸ É digna de nota, ainda, a estratégia que envolve a criação de entes com personalidade jurídica de direito privado com capacidade para regular setores da economia. É o que ocorre com a Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL, instituída a partir da Lei nº 12.743/2012. Trata-se de empresa pública com funções tanto executórias, quanto de regulação econômica, como se extrai do abrangente art. 5º da Lei nº 12.743/2012. Conquanto seja empresa estatal, com personalidade jurídica de direito privado e funções de atuação direta na

Além disso, por último e mais importante, o tema das delegações legislativas carece de uma abordagem *contextualizada* para a realidade política brasileira criada a partir da Constituição de 1988 e estudada pela ciência política sob o rótulo de presidencialismo de coalizão. Um exame que está além das perspectivas *fundacionais* e dogmáticas relacionadas ao princípio da legalidade, e que considera as *consequências*, diante das reais circunstâncias vividas no Brasil, de uma doutrina forte de indelegabilidade. Em outras palavras, o debate em questão reclama uma investida pragmática.

b) Uma abordagem pragmática.

De uma perspectiva metodológica, esta tese se insere na sistemática do pragmatismo jurídico. O pragmatismo jurídico não é, conforme Thamy Pogrebinski, uma teoria do direito, “*mas sim uma teoria sobre como usar teoria*”⁴⁹. Nesse sentido, trata-se de uma meta-teoria, ou de uma meta-estratégia sobre como tomar decisões⁵⁰; ou, ainda, de uma *caixa de ferramentas*⁵¹ sobre como problemas jurídicos podem ser enfrentados, servindo aos mais variados fins⁵².

economia (cfr. art. 173, CRFB), a EPL também poderá criar regras para si e para outros atores do setor de logística, exercendo função a regulatória de que trata o art. 174, CRFB. Assim, como registra Egon Bockmann Moreira, a EPL “é exemplo hiperbólico de aplicação dos arts. 173 e 174 da CF, combinados e potencializados”. Cfr. MOREIRA, Egon Bockmann. “Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?”, in *Direito da Regulação e Políticas Públicas*, org. por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 138.

⁴⁹ POGREBINSCHI, Thamy. “O que é o pragmatismo jurídico”, disponível *on line*: <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>, acesso em 28.07.2015; e POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, pp. 23-72.

⁵⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; e LEAL, Fernando. “Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização. Estratégias e implicações”. in SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵¹ A expressão é de SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 44. Propondo uma abordagem ainda mais abrangente do sentido de caixa de ferramentas no direito administrativo, v.: RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

⁵² A propósito, vejam-se, em tom sarcástico, as 10 principais razões para ser pragmatista, segundo Jack Balkin: “10. It works. 9. Being a legal pragmatist means never having to say you have a theory. 8. Buy American. 7. If you're left-wing, you can finally find something to agree with Richard Posner about. 6. You can read all your philosophical sources in the original. 5. If you're right-wing, you can finally find something to agree with Frank Michelman about. 4. You can avoid seeing the world in terms of rigid philosophical dichotomies (or not). 3. Because you're socially constructed, it really isn't your fault that you became one. 2. You can also be (a) a civic republican, (b) a feminist, (c) a deconstructionist, (d) a case-cruncher, (e) a crit, (f) a law-and-economics type, or (g) anything else. 1. No one has yet discovered John Dewey's anti-semitic writings for *Le Soir*. (BALKIN, Jack. “The Top Ten Reasons to be a Legal Pragmatist”, 1998, disponível *on line*, em: www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/topprag.htm, acesso em 30.06.2015).

O pragmatismo jurídico possui uma multiplicidade de perspectivas ou dimensões, as quais, em coerência com a visão de mundo que rejeita arranjos teóricos pré-concebidos, foca-se mais na forma pragmatista de agir⁵³, do que num conceito de si próprio⁵⁴. Em todo caso, em síntese didática, Thamy Pogrebinschi aponta três atitudes básicas do pragmatista, as quais são tidas como comuns à vasta literatura⁵⁵ produzida sobre o tema⁵⁶. São elas: (i) o antifundacionalismo; (ii) o contextualismo; e (iii) o consequencialismo. Essas dimensões formam “*uma espécie de tripé de sustentação de toda formulação pragmatista, mesmo que haja divergência entre pensadores acerca dos detalhes dessa configuração*”⁵⁷.

O antifundacionalismo relaciona-se à rejeição a pontos de partida imutáveis, bem como ao afastamento de construções teóricas descoladas da vida. Refutam-se noções abstratas e formulações metafísicas; ou, ainda, a busca de princípios transcendentais aptos a explicar o mundo em que vivemos. A postura é claramente *zetética* e não *dogmática*⁵⁸, o que implica o questionamento permanente dos pontos de partida. O papel do pragmatista deve ser o de “*estabelecer quais crenças e tradições podem servir ao homem, podem lhe ser proveitosas e eficazes para resolver problemas práticos e reduzir o sofrimento e as demandas por inclusão de igualdade*”⁵⁹. Uma ideia não pode valer por si própria, como num mantra religioso repetido sem reflexão⁶⁰. Ela deve ser testada e continuamente desafiada.

Além de antifundacionista, o pragmatista é contextualista. Conceitos devem ser confrontados perante suas próprias circunstâncias; devem se submeter à experiência. Inexiste

⁵³ No *pragmatic mood*, para usar a expressão de POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 12 e 59.

⁵⁴ “Sob uma perspectiva estritamente pragmatista, não faz muito sentido tentar estabelecer conceitos e definições do que, de fato, representa o pragmatismo filosófico. Nunca é demais lembrar que um dos seus focos de análise consiste na ineficiência e inutilidade de teorias como instrumentos de soluções de conflitos ou questões” (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 84).

⁵⁵ Para um panorama, v. MENAND, Louis (org.). *Pragmatism: a reader*. New York: Vintage Books, 1997. Em língua portuguesa, V.: MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, pp. 27-122; e KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, pp. 83-113.

⁵⁶ V. POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo : teoria social e política*: Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 16.

⁵⁷ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 89.

⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 48.

⁵⁹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 90.

⁶⁰ Cfr. Gustavo Binenbojm, com os olhos no direito administrativo: “A era do Direito Administrativo como religião já era” (BINENBOJM, Gustavo. *Fux e o direito administrativo*. In *Consultor Jurídico – CONJUR*, de 25.05.2011, disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-25/voto-luiz-fux-organizacoes-sociais-direito-administrativo>, acesso em 03.11.2015).

verdade fora da realidade em que se pretendam inserir ideias. Pré-compreensões e premissas teóricas devem ser aptas a algum nível de ajuste diante da interação inexorável das relações travadas na História. Do contrário, podem se tornar mitos. Numa comparação com a linguagem, Dewey explica que “*nós entendemos o significado daquilo que é dito na nossa própria língua não porque a apreciação do contexto é desnecessária, mas porque o contexto é inescapavelmente presente.*”⁶¹ Com efeito, é o “*contexto que forma o significado daquilo que falamos e ouvimos*”⁶².

Em terceiro lugar, a atitude pragmatista é, ainda, consequencialista. Trata-se de manter um olhar para o futuro, com consideração às consequências de decisões ou mesmo de ideias. Teorias só devem ser adotadas se as suas consequências forem avaliadas e expostas pelos seus defensores. Do contrário, seu sentido perde importância. Numa postura *radicalmente crítica e experimental*⁶³, o pragmatista deve exercitar a antecipação das consequências, para avaliar qual a melhor solução para determinado problema⁶⁴.

Richard Posner constrói suas teses de *pragmatismo jurídico*⁶⁵ em torno das ideias de “*consequências*” e de “*resultado prático*”.⁶⁶ Deve-se estar além de um conceito de formalista de *rule of law*. A proposta é de um passo adiante de uma “*conformidade cega com normas pré-existent*”, o que “*seria uma renúncia a toda flexibilidade judicial, criatividade, e capacidade de adaptação*”⁶⁷. O juiz – como qualquer intérprete – deve procurar as decisões

⁶¹ DEWEY, John. “Context and thought”, in *John Dewey – Later works: 1925-1953*, Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008, p. 4.

⁶² DEWEY, John. “Context and thought”, in *John Dewey – Later works: 1925-1953*, Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008, p. 4.

⁶³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 37.

⁶⁴ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo : teoria social e política*: Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 39.

⁶⁵ POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁶⁶ Cfr. ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 149. Diego Werneck Arguelhes observa que apesar do esforço de Posner em afastar-se do pragmatismo filosófico, sua teoria acaba por se aproximar dessas ideias clássicas, tais como a preocupação com as consequências e com os resultados práticos.

⁶⁷ POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 61.

que tenham os melhores efeitos sistêmicos⁶⁸, desde que isso não cause uma excepcional instabilidade no direito⁶⁹, até mesmo porque há um valor pragmático na estabilidade⁷⁰.

Nesse sentido, o intérprete posneriano – e aqui o autor se preocupa fundamentalmente com o magistrado – deve agir necessariamente voltado para o futuro. Sua preocupação não deve estar adstrita às normas fixadas no passado, o que deixaria satisfeito o formalista, para quem “*a decisão deve ter um pedigree*”⁷¹. Posner vê um valor social na transformação de um estado de coisas, o que pode envolver, inclusive, a ação do Poder Judiciário. Para o autor, os métodos e conteúdos dogmáticos tradicionais são inadequados para resolver as novas questões jurídicas. O pragmatismo jurídico de Richard Posner é, ainda, empiricista, o que se aproxima da noção de contextualismo. O discurso da aplicação do direito deve se valer das teorias que tragam o debate para perto das discussões e dos problemas baseados na experiência e não em abstrações morais. Dessa maneira, numa postura radical, o autor rejeita o uso da filosofia no direito, entendendo que conceitos como os de “*justiça*”, “*equidade*” e “*legitimidade*”, seriam inseridos não para facilitar, mas para interromper o diálogo⁷².

Pois bem. A presente tese, sem o radicalismo *posneriano*, parte da premissa de que os conceitos fundacionais do direito público devem ser submetidos a testes de realidade. Nas palavras de John Dewey, há uma “*necessidade social e intelectual de que o direito seja marcado por uma lógica mais experimental e flexível*”⁷³. Ideias abstratas precisam ser inseridas no mundo real, para que se avalie até que ponto tais visões são capazes de alcançar seus próprios desígnios. Mais especificamente, os princípios estruturantes do Direito Administrativo, cujas finalidades se relacionam com a construção do Estado de Direito e com a democracia, precisam de novos olhares. Afinal, inspirados nas palavras de Oliver Wendell

⁶⁸ “A interpretação judicial geralmente se dá através de dois passos. O primeiro corresponde ao ato de se inferir um propósito da linguagem e do contexto das normas contratuais ou legais em exame, ou ainda do conjunto de precedentes aplicáveis ao caso. O segundo passo é decidir qual consequência no caso concreto servirá melhor a este propósito” (POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 67).

⁶⁹ “Um bom juiz pragmático sopesará as boas consequências de se manter adstrito às virtudes do *rule-of-law* (...) contra as más consequências de falhar em sua inovação quando diante de conflitos, em que os textos normativos ou precedentes não estão adaptados para resolver” (POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 63/64).

⁷⁰ POSNER, Richard. “The constitution as an economic document”, in *George Washington Law Review*, nº 56, 1987, p. 33.

⁷¹ POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 71.

⁷² POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 66 e 75.

⁷³ DEWEY, John. *The essential Dewey: pragmatism, education, democracy*. Vol. 1, Indianapolis: Indiana University Press, 1998, p. 361.

Holmes, *a vida do direito não tem sido lógica, mas fruto da experiência*⁷⁴. O tripé antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, que surge na filosofia⁷⁵, pode ser útil ao estudioso do Direito Administrativo contemporâneo, que vive, conforme Gustavo Binbenbojm⁷⁶, não só uma virada de legitimação constitucional e democrática (*giro democrático-constitucional*), como também um olhar pragmatista (*giro pragmático*).

É assim que, como será explorado adiante, enfrenta-se neste estudo a concepção fundacional de indelegabilidade legislativa, cunhada fora do contexto brasileiro e sem consideração às suas consequências. Ainda que a indelegabilidade seja, efetivamente, um instrumento constitucional destinado a garantir a democracia e o Estado de Direito, indaga-se até que ponto a sua defesa é uma boa causa para as instituições brasileiras e para os seus próprios fins.

Como será aprofundado, é preciso que o tema dos regulamentos e das delegações seja contextualizado perante as circunstâncias concretas de funcionamento da nossa democracia. É necessário reposicionar a teoria das capacidades normativas da Administração Pública, em face das relações concretas existentes entre as principais instituições envolvidas no processo de transferências de atribuições legislativas após 05 de outubro de 1988, *i.e.*: o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Tomando emprestadas as palavras de Jerry Mashaw, “*se nós quisermos reformar ou renovar nossa fé na democracia, nós precisamos de uma compreensão mais apurada sobre o que é razoável esperar das instituições de governo, e como nós poderíamos desenhá-las*”⁷⁷.

Não é suficiente ao estudioso do direito público que as instituições sejam tomadas como aquelas imaginadas pelos teóricos da separação de Poderes. Um estudo sobre a (im)possibilidade de delegação legislativa no Brasil deve incluir a análise do nosso sistema político representativo, um sistema marcado pelo que a ciência política denominou de

⁷⁴ “*The life of the law has not been logic, it has been experience*”, cfr. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*, 1881. Disponível em <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acessado em 14.10.2015.

⁷⁵ Concordamos com José Vicente Santos de Mendonça, para quem “o pragmatismo filosófico não é inútil ao debate acerca do pragmatismo jurídico. É perfeitamente possível aplicar a matriz pragmatista – consequencialismos, antifundacionalismo, contextualismo – para examinar institutos jurídicos e decisões judiciais, e aproximá-los ou afastá-los dos resultados da incidência de uma teoria do pragmatismo jurídico (...) o pragmatismo jurídico só tem a ganhar se sua defesa se fizer precedida de uma introdução ao pragmatismo filosófico” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, pp. 50-51).

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Transformações do poder de polícia: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ como requisito parcial para aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo. 2015, pp. 27-61.

⁷⁷ MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 4.

*presidencialismo de coalizão*⁷⁸, resultado da complexa relação entre os atores principais do processo de transferência de poderes normativos, quais sejam: o *delegante* (Poder Legislativo) e o seu primordial *delegatário* (o Poder Executivo).

O Direito Administrativo deve lidar com o contexto concreto em que a governabilidade depende, após a eleição presidencial, da formação de uma base de sustentação. Isto é, de uma coalizão. Num Estado de Direito, não se governa sem leis. Não se dirige o País sem o Parlamento. Mas isso só tem se mostrado possível quando deputados e senadores estiverem alinhados, de alguma forma, ao projeto vitorioso nas urnas que escolheram o Presidente da República que, via de regra, é de partido político e coligação com número insuficiente de votos no Congresso para aprovação de projetos de lei, medidas provisórias, ou emendas constitucionais.

Governar o Brasil não é fácil. Exige negociação permanente com o Congresso, liberação de emendas parlamentares, oferecimento de cargos para a formação de um gabinete compatível com os partidos da base aliada, etc.. Tudo isso para a superação de uma realidade partidária e eleitoral que gera fragmentação⁷⁹. É complicado e custoso alinhar a vontade legislativa. E isso tem implicações profundas para a compreensão do significado da legalidade administrativa e o sentido da indelegabilidade, como será exposto.

É por conta disso que propugnamos um diálogo entre direito e ciência política empírica,⁸⁰ para que se testem os limites de conformação normativa da realidade do presidencialismo de coalizão no tema das delegações legislativas. Quer-se, com isso, avaliar o que se ganha e o que se perde com uma doutrina forte de indelegabilidade.

Uma nota final importante neste tópico: aceitar o pragmatismo como método investigativo não significa, para nós, uma postura de rendição utilitária⁸¹, e desistência do

⁷⁸ ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. “Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro”. *in Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n° 1, 1988.

⁷⁹ Para um panorama deste debate: PALERMO, Vicente. “Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo”, *in Dados*, vol. 43 n° 3, Rio de Janeiro, 2000, pp. pp. 521-557 (disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000300004>, acesso em 11.09.2014).

⁸⁰ O diálogo entre direito público e ciência política é escasso na literatura especializada. É comum haver menções ao presidencialismo de coalizão como elemento a esvaziar a importância da legalidade (e.g. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, p. 141; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Presidencialismo de coalizão e administração pública”, in Migalhas de Peso, 2012, disponível *on line* em www.migalhas.com.br, acesso em 06.09.2012), mas inexistem estudos que relacionem esse quadro ao papel que deve ser desempenhado pela legalidade administrativa no Brasil real descrito pela ciência política. Especificamente quanto às medidas provisórias, deve-se fazer o registro ao trabalho de Marco Aurélio Sampaio, que estuda as medidas provisórias à luz da ciência política brasileira contemporânea: SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸¹ Para um panorama didático sobre o utilitarismo filosófico que preconiza que as decisões justas são aquelas que promovem o bem-estar, v.: KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 11-62.

projeto de justiça e democracia do Estado de Direito constitucional⁸². Implica apenas a escolha de um método para que as premissas e finalidades constitucionais e democráticas sejam avaliadas perante realidades concretas, segundo a investigação empírica da economia política⁸³. Nessa toada, vemos no pragmatismo jurídico a possibilidade de investigar em que medida os fins legítimos da noção da indelegabilidade são efetivamente alcançáveis. Em outras palavras: trata-se do exame da capacidade efetiva que um comando forte de indelegabilidade tem na promoção dos valores constitucionais e democráticos que ele mesmo carrega.

c) Um acordo semântico e o objeto desta tese. O que entendemos por delegação legislativa e o reposicionamento da noção de poder regulamentar.

Uma das dificuldades desse trabalho decorre da heterogeneidade semântica relacionada ao objeto da nossa investigação. *Delegação legislativa* pode significar muitas coisas. Deixemos registrado, desde já, um conceito que sirva de orientação ao leitor. Entende-se por delegação legislativa *a atribuição de função normativa à Administração Pública, para que essa exerça poderes de fixação de normas ditas secundárias, em razão de decisão legislativa deliberada, velada, ou em razão da inércia do Congresso Nacional*.

O ponto a ser elaborado envolve a subversão da (suposta⁸⁴) noção clássica *lockeana*, de que as funções normativas serão exercidas pelo Poder Legislativo⁸⁵ e que não poderão ser

⁸² Bruce Ackerman, em sentido aproximado, defende a necessidade de uma revisão do utilitarismo, sem que se afaste dos valores morais que informam o direito (ACKERMAN, Bruce. *Reconstructing American law*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 102). Nesse ambiente, a teoria de justiça rawlsiana é um antídoto para os excessos dos influxos pragmáticos surgidos na esteira do realismo jurídico e, mais especificamente, no pragmatismo da análise econômica do direito surgida em Chicago. Segundo afirma, “Rawls era exatamente o que o pensamento jurídico construtivo [Ackerman refere-se às doutrinas surgidas após o New Deal relativas à intensificação da intervenção do Estado na economia e o desenvolvimento da escola de *law and economics* em Chicago] precisava como antídoto contra o abuso da aplicação da economia. Ele não apenas criou um modelo de compreensão das distintas estruturas jurídicas do Estado interventor norte-americano. Ele o fez de forma a encorajar os operadores do direito a refletirem, ao invés de suprimirem, sobre as relações existentes entre estruturas jurídicas interventivas e princípios de legitimação profundamente arraigados na tradição liberal ocidental” (ACKERMAN, Bruce. *Reconstructing American law*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 94-95)

⁸³ O método pragmático com o qual nos identificamos é aquele abraçado por Gustavo Binbenojm, para quem o pragmatismo jurídico deve ser tomado como “*metateoria* auxiliar ao constitucionalismo democrático, contribuindo com seu desassombro diante de dogmas *fundacionalistas* tradicionais, seu viés empiricista e contextual, e seu olhar para as consequências práticas das decisões, para o enfrentamento dos problemas concretos do nosso tempo de maneira mais esclarecida, informada e, pretensamente, também mais inteligente” (BINENBOJM, Gustavo. *Transformações do poder de polícia: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ como requisito parcial para aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo. 2015, p. 59). Grifos do original.

⁸⁴ Na verdade, Locke admitia exceções ao monopólio do Parlamento na formação do direito, o que se ilustra na noção de prerrogativa. Segundo o iluminista, “existe uma margem para que o executivo possa decidir em muitos

transferidas, pelo legislador, a outro órgão. O Parlamento não pode gerar outros criadores de regras. O Administrador deve estar positivamente vinculado ao que o legislador delineou, sendo proibido de criar direito novo, sob pena de frustrar as expectativas democráticas buscadas pelo modelo de representação política em assembleias⁸⁶.

A interdição às delegações legislativas e às atividades criativas da Administração Pública ganhou força no pensamento iluminista revolucionário francês, robustecendo-se na concepção de separação de Poderes de Locke e Montesquieu para, posteriormente, ser incorporada ao artigo I, seção I, da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA)⁸⁷, de onde passou a ser replicada mundo afora, como no Brasil. Era a vitória do modelo de democracia representativa⁸⁸.

Sabe-se, por outro lado, que a Constituição brasileira criou esferas de atribuições normativas próprias do Poder Executivo. Destacam-se, assim, as medidas provisórias (art. 62, CRFB) e os regulamentos autônomos (art. 84, VI, *a*, CRFB), que podem ser editados pela Chefia do Poder Executivo, ou mesmo as leis delegadas (art. 68, CRFB), resultado de uma cooperação formal entre legislador e Presidente. Embora seja importante entender como tais espécies funcionam e como elas se inserem no debate sobre as delegações legislativas – o que se destaca no caso da lei delegada, ou mesmo da medida provisória da forma como estudada pela ciência política –, o nosso objeto central volta-se ao fenômeno ao exercício de função normativa no âmbito administrativo em grau hierárquico dito secundário, ou regulamentar. Transferências que podem ser expressas ou disfarçadas.

Realmente, por vezes, as delegações legislativas ocorrem de maneira deliberada. Trata-se das *delegações em sentido estrito*. Cessões explícitas de funções normativas ao Administrador Público. O exemplo óbvio é o da lei delegada, prevista no art. 68 da

casos em que as leis nada prescrevem” (LOCKE, John. *Two treatises of government* Cap. XIV, § 160, versão eletrônica disponível em http://files.libertyfund.org/files/222/0057_Bk.pdf, acesso em 13.06.2013).

⁸⁵ LOCKE, John. *Two treatises of government*, Cap. XIV, § 141, p. 340, versão eletrônica disponível em http://files.libertyfund.org/files/222/0057_Bk.pdf, acesso em 13.06.2013.

⁸⁶ A ideia, fruto do pensamento liberal do século XIX, é o de que a Assembleia Nacional de legisladores é a pedra angular de um modelo de governo representativo, devendo, portanto, depositar-se no Parlamento a autoridade para adoção das normas que regerão a vida em sociedade (v. LINDSETH, Peter. “The paradox of Parliamentary Supremacy: delegation, democracy, and dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s”, *in Yale Law journal*, vol. 113, 2004, p. 1343).

⁸⁷ “Article. I. Section. 1. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.” O caso dos EUA receberá atenção especial adiante.

⁸⁸ “O significado de governo representativo é o de que todo o povo, ou uma porção numerosa dele, exercite por meio de deputados periodicamente eleitos por eles os poderes fundamentais de controle (...) eles devem ser os mestres, sempre que desejarem, de todas as ações do governo” (MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*, publicado originariamente em 1861, cap. V, disponível na íntegra em www.gutenberg.org/files/5669/5669-h/5669-h.htm, acesso em 09.07.2015).

Constituição⁸⁹, em que o Congresso expressamente autoriza o Presidente da República a legislar, editando ato formalmente legislativo. Mas essa não é a única forma de delegação. São frequentes as leis que, sem se referirem ao termo delegação, incumbem ao Administrador Público o dever de tratar de um determinado assunto. Por exemplo: o caso do art. 67 da Lei do Petróleo citado acima. Também é ilustrativo o do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações⁹⁰ (LGT – Lei nº 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL), o qual atribui função normativa ao Conselho Diretor, que deve aprovar suas próprias normas de licitações e contratos.

Outras vezes, tal transmissão de funções dá-se de forma velada, mas nem por isso menos expressiva. É o que ocorre quando o legislador se vale de linguagem vaga; de termos de conotação imprecisa, ambígua, ou meramente exemplificativa, que acabam por abrir ao Administrador a possibilidade de, ao regulamentar a matéria, direcionar a vontade legislativa, ou mesmo estendê-la. Vê-se isso, *e.g.*, no art. 105 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB, Lei nº 9.503/1997⁹¹). Tal artigo do CTB dispõe sobre equipamentos obrigatórios em veículos e

⁸⁹ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

- I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
- III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

⁹⁰ Veja-se: “Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: (...)”

II - aprovar normas próprias de licitação e contratação”

⁹¹ “Art. 105. São equipamentos obrigatórios dos veículos, entre outros a serem estabelecidos pelo CONTRAN:

- I - cinto de segurança, conforme regulamentação específica do CONTRAN, com exceção dos veículos destinados ao transporte de passageiros em percursos em que seja permitido viajar em pé;
- II - para os veículos de transporte e de condução escolar, os de transporte de passageiros com mais de dez lugares e os de carga com peso bruto total superior a quatro mil, quinhentos e trinta e seis quilogramas, equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo;
- III - encosto de cabeça, para todos os tipos de veículos automotores, segundo normas estabelecidas pelo CONTRAN;
- IV - (VETADO)
- V - dispositivo destinado ao controle de emissão de gases poluentes e de ruído, segundo normas estabelecidas pelo CONTRAN.
- VI - para as bicicletas, a campainha, sinalização noturna dianteira, traseira, lateral e nos pedais, e espelho retrovisor do lado esquerdo.
- VII - equipamento suplementar de retenção - air bag frontal para o condutor e o passageiro do banco dianteiro.” (Incluído pela Lei nº 11.910, de 2009). Grifou-se.

não especifica todos os meios para garantir a segurança dos motoristas. Sem embargo, tal norma serviu de base para o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) tornar obrigatória, na forma da Resolução CONTRAN n° 312/2009, a utilização de freios ABS no Brasil a partir de 01.01.2014. Isto é: trata-se de norma legal de densidade normativa reduzida que transfere ao Administrador decisões que poderiam (ou deveriam) ter sido tomadas pelo legislador⁹².

Essa mesma lógica pode ser encontrada em casos em que o Administrador atua como agente normativo direto da Constituição, diante de uma ausência geral de ação legislativa. Refere-se a casos em que deveria haver, por razões constitucionais gerais, uma norma num determinado sentido, mas ela não existe porque o legislador não atuou. E se não agiu, acabou deixando para a Administração Pública a decisão sobre certo assunto. Que fique claro: são hipóteses em que não há reserva específica de lei, mas que demandam uma ação normativa. Tal é o caso, por exemplo, do poder regulamentar do CNJ, que será explicado no exame da jurisprudência do STF abaixo, ou mesmo daquela do Ministério da Fazenda, que proibiu, por portaria, a importação de veículos automotores usados, como aplicação direta do art. 237 da Constituição⁹³.

Nesses casos, têm-se *delegações num sentido amplo*, as quais acabaram sendo recebidas no universo jurídico brasileiro como alargamentos do poder regulamentar (para alguns⁹⁴, por vezes de caráter autônomo). De fato, para a doutrina, o uso de linguagem vaga ou exemplificativa pelo legislador, ou mesmo a sua inação generalizada, não implica propriamente uma delegação. Tais hipóteses são vistas como casos de manifestação de um poder regulamentar pautado por parâmetros legais (ainda que amplíssimos), ou mesmo, diretamente, por normas constitucionais, as quais ganharam concretude por meio de regulamentos, que vigorarão enquanto o legislador não decidir por enfrentar diretamente a questão.

Parece-nos, no entanto, que poder regulamentar e delegações legislativas – em sentido estrito, ou amplo – possuem o mesmo *DNA* e merecem abordagem conjunta. Na verdade, a estratégia de ampliação do poder regulamentar pode ser vista como um caminho de fuga à

⁹² No caso do Código de Trânsito, por exemplo, o legislador teve o cuidado de exigir expressamente outros itens, como o uso de *air bags* (art. 105, VII, CTB, acrescido pela Lei n° 11.910/2009). Todavia, deixou em aberto a possibilidade de que novos itens fossem exigidos por meio de ato normativo infralegal.

⁹³ V. STF, RE n° 208.220, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 12.09.1997, p. 43.748.

⁹⁴ V., por exemplo, BINENBOJM, Gustavo. *Transformações do poder de polícia: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ como requisito parcial para aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo. 2015, pp. 82-83.

vedação das delegações legislativas⁹⁵. Victor Nunes Leal registra o fenômeno, destacando que “o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1891, muitas vezes contornou o obstáculo da nulidade das delegações legislativas (sustentadas por eminentes juristas), ampliando o conceito do poder regulamentar do Presidente da República.” E prossegue o autor citando Pontes de Miranda:

Em vez de se servir do princípio da proibição para impedir que o poder regulamentar, na frase de Pontes de Miranda, viesse a *dissimular* delegações legislativas, o Supremo Tribunal procedeu justamente ao contrário: fez passar como manifestações do exercício normal de uma autoridade própria, conferida expressamente pela Constituição ao executivo, muitos regulamentos que a rigor eram autênticas leis delegadas⁹⁶

O objeto de investigação deste trabalho abrange tanto as delegações em sentido estrito, quanto as delegações *lato sensu*. As duas são manifestações de um legislador que não quis (ou não pôde) criar todas as normas para um conjunto de circunstâncias. Ambas são formas de compartilhamento de funções normativas do Poder Legislativo ao Administrador; reflexos da mesma realidade política em que se inserem as relações entre a Administração Pública e o Parlamento, e por tudo isso devem ser tratadas lado a lado.

A hipótese desta tese é a de que as delegações, tanto por razões hermenêuticas, quanto por razões pragmáticas, são admitidas pelo Direito Administrativo brasileiro e legitimadas pela experiência e por conta de um processo de mutação constitucional. O rótulo – por vezes usado – de poder regulamentar, nada mais é que um disfarce que merece ser retirado, para que se aceite, com sinceridade intelectual, o vigoroso processo de fortalecimento normativo da Administração Pública como ponto de partida para o desenho de limites e controles condizentes com a realidade concreta da democracia brasileira⁹⁷.

⁹⁵ V., por exemplo, o debate entre os Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim e Marco Aurélio, quando da apreciação, em sede cautelar, da validade do art. 18, I, da Lei nº 9.472/97. Sem que se consiga extrair um parâmetro claro de diferenciação, teve-se que: para o Min. Pertence, a hipótese seria de uma delegação indevida. Para o Min. Marco Aurélio (opinião vitoriosa), o caso seria de regular exercício do poder regulamentar (ADI 1668, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.08.1998, DJ 16.04.2004).

Para o Min. Pertence, o dispositivo agrediu o art. 21, XI da Constituição, que teria estabelecido uma reserva de lei a impedir delegação legislativa (“Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”). O art. 18, I da LGT, ao autorizar que o Presidente defina regimes público ou privado na prestação do serviço, agrediria a reserva de lei. V. o texto do art. 18, I: “Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto: I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;”. Para o Min. Marco Aurélio, o ato de instituir ou eliminar a prestação do serviço é tipicamente de execução fiel da lei, conforme prescreve o art. 84, IV, CRFB.

⁹⁶ LEAL, Victor Nunes. “Delegações legislativas”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 102.

⁹⁷ A propósito, no direito espanhol, Eduardo García de Enterría e Thomáz Ramón Fernández aduzem que a delegação legislativa deve ser entendida como “a instrumentalização das técnicas colaborativas entre a lei e o

Antes de passar ao plano de trabalho, sublinhe-se uma fronteira importante quanto à amplitude das nossas pesquisas. Não faremos o exame jurídico-normativo das medidas provisórias (art. 62, CRFB). A nossa opção é de um corte considerando o critério jurídico tradicional da hierarquia das fontes do direito, embora a medida provisória seja vista pela ciência política como espécie de delegação legislativa. Todavia, como será registrado oportunamente na segunda parte, usaremos, com os cuidados devidos, estudos políticos empíricos sobre a edição de medidas provisórias como parâmetro possível para compreensão da produção normativa regulamentar. A lógica usada nesses trabalhos, como será explicado, ajuda a compreender as relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo, com que elucida a racionalidade do próprio poder regulamentar, objeto central da nossa empreitada.

d) Plano de trabalho.

A tese está organizada em três partes. Na primeira, o objetivo será apresentar o estado da arte do debate sobre as delegações legislativas no conhecimento jurídico corrente, sua casuística e as suas inconsistências. Inicia-se com o estudo do princípio da indelegabilidade legislativa, verificando suas origens e pressupostos, passando por seus corolários do Estado de Direito (*rule of law*), princípio democrático e separação de Poderes. Na sequência, será narrada a história da denominada *nondelegation doctrine*, desenvolvida nos EUA e que ensejou profícua discussão a merecer análise para o aprofundamento da questão no Brasil. Também serão objeto da Primeira Parte o exame da figura da lei delegada, prevista no art. 68 da Constituição, bem como das principais teorias sobre o poder regulamentar, verificando as suas espécies e características básicas. Por fim, será examinada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se as dificuldades de uma definição clara quanto aos limites às delegações legislativas. Um registro importante: tomaremos o modelo federal como parâmetro, embora saibamos que as mesmas questões se reflitam no âmbito de Estados e Municípios.

Na segunda parte, as delegações legislativas serão apresentadas como uma das engrenagens da dinâmica política presidencialista. Abordaremos a literatura relativa ao funcionamento do Congresso Nacional e suas relações com o Poder Executivo. No centro da discussão, está o chamado *presidencialismo de coalizão*, que provoca o debate sobre como o

regulamento”, bem como que “um regulamento editado ‘de acordo com as leis’ (...) ou ‘em execução das leis’ (...) é, tecnicamente, um regulamento habilitado pela lei, em virtude de um genuíno fenômeno de delegação legislativa” (ENTERRÍA, Eduardo García de / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 7ª ed., Madrid: Civitas, 1995, p. 254).

sistema criado a partir da Constituição de 1988, a despeito do caráter fragmentário decorrente do multipartidarismo e do sistema proporcional de eleições parlamentares, foi bem sucedido, contrariando os prognósticos negativos feitos quando da redemocratização⁹⁸. Além disso, mais uma vez, a título comparado, será tomado o exemplo dos EUA e a maneira como a literatura jurídica daquele país enfrentou as delegações, a partir de um exame concreto da sua realidade política. Refere-se ao uso das teorias de *public choice* e ao modo como as mesmas são usadas para aperfeiçoar o debate sobre delegações legislativas, tornando-o mais próximo da realidade, numa construção pragmática do próprio Direito Administrativo.

Na terceira parte, será apresentada uma proposta de abordagem para as delegações legislativas no Brasil. A meta é oferecer parâmetros interpretativos, os quais poderão contribuir para a redefinição dos limites do poder regulamentar, enquanto mecanismo de delegação legislativa em benefício e promoção dos valores e fins constitucionais. Almeja-se um desenho de poder regulamentar compatível com uma Administração Pública que seja funcional e capaz de atingir seus desígnios, dentro do projeto democrático da Constituição de 1988. Uma arquitetura teórica da legalidade administrativa que considere as implicações que uma doutrina forte de indelegabilidade pode ter para o funcionamento concreto da democracia brasileira. Para usar a expressão de Jerry Mashaw⁹⁹, aproxima-se de uma construção pragmática das instituições do Direito Administrativo brasileiro (*pragmatic state-building*), num exercício de avaliação consequencialista da doutrina da indelegabilidade. É somente a partir do sistema deliberativo concreto da coalizão presidencial que se deve entender como aperfeiçoar o Direito Administrativo, sem que se lhe prescrevam tratamentos contraindicados ou inócuos.

Como será explicitado na terceira parte, a vedação às delegações sofreu processo de mutação constitucional, em razão das interações entre as instituições e os Poderes Públicos. Uma interação dinâmica e com potencial para a promoção dos fins constitucionais e democráticos. Além disso, será demonstrado como uma legalidade exauriente, produto de uma doutrina forte de indelegabilidade, incrementaria perigosamente os custos de transação entre o Legislativo e o Executivo, trazendo inoperância e mesmo aumentando os incentivos para corrupção. Deve-se buscar um ponto ótimo daquilo que pode e deve ser exigido do legislador. Ponto este que não se coaduna com a proibição das delegações de maneira

⁹⁸ V. MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2013.

⁹⁹ MASHAW, Jerry L., *Creating the administrative Constitution: The lost one hundred years of american administrative law*. New Haven and London: Yale University Press, 2012, pp. 29-52.

categórica, tampouco condiz com a aceitação de um poder regulamentar ilimitado. A partir daí, demonstraremos como a defesa das delegações como uma ferramenta viável e legítima.

O discurso da legalidade envolve uma boa causa. Há uma função para as noções de indelegabilidade e legalidade administrativa. Não exatamente aquela pretendida pelo iluminismo lockeano e bradada pelos revolucionários franceses. Mas um papel institucional relevante, que cria – se interpretado dentro do contexto presidencialista em que vivemos – incentivos positivos para o aperfeiçoamento da democracia e para a promoção de direitos. Não há, assim, *a priori*, uma rejeição absoluta ou defesa inelutável das delegações. Aceitar ou afastar algum nível de delegação pressupõe entender, com os pés fincados na realidade, de que forma isso contribui para a promoção do Estado democrático de Direito indicado pela Constituição.

Ao final, após breve conclusão, serão apresentadas proposições objetivas.

1 O DEBATE JURÍDICO CORRENTE SOBRE AS DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS.

“Toda lei passível de regulamentação contém em si mesma certa margem, por pequena que seja, de delegação ao Poder Executivo, ao qual comete expedir regulamentos”
Victor Nunes Leal¹⁰⁰

1.1 Estado de Direito, separação de poderes e legalidade administrativa: as bases da doutrina da indelegabilidade.

1.1.1 Apresentação

O grande precursor do princípio¹⁰¹ geral de indelegabilidade foi John Locke. É do seu pensamento que se extrai a rejeição convencional a um arranjo que admita a transferência de atribuições legislativas ao monarca, símbolo máximo de um modelo de Poder Executivo em processo de extinção. A ideia básica é a de que os parlamentares são eleitos como delegatários do povo para serem eles os legisladores; não para criarem novos focos de poder legislativo; não para transferirem a seu próprio mandato. No trecho sempre citado do autor inglês:

The legislative cannot transfer the power of making laws to any other hands: for it being but a delegated power from the people, they who have it cannot pass it over to others. The people alone can appoint the form of the common-wealth, which is by constituting the legislative, and appointing in whose hands that shall be. And when the people have said, We will submit to rules, and be governed by laws made by such men, and in such forms, nobody else can say other men shall make laws for them; nor can the people be bound by any laws, but such as are enacted by those whom they have chosen, and authorized to make laws for them. The power of the legislative, being derived from the people by a positive voluntary grant and institution, can be no other than what that positive grant conveyed, which being only to make laws, and not to make legislators, the legislative can have no power to transfer their authority of making laws, and place it in other hands.¹⁰²

Da lição de Locke extraem-se as três premissas teóricas básicas da indelegabilidade legislativa¹⁰³. São elas: (i) o Estado de Direito (*rule of law*); o (ii) o princípio democrático; e (iii) o princípio da separação de Poderes. Na sequência, abordaremos cada uma dessas

¹⁰⁰ LEAL, Victor Nunes. “Delegações legislativas”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 99-100.

¹⁰¹ O termo princípio não está sendo usado aqui em sua acepção técnica da denominada teoria dos princípios extraída, no Brasil, das obras de Dworkin e Alexy. Parece-nos que a ideia de indelegabilidade, conquanto seja um princípio ao indicar um estado de coisas institucional, é mais abrangente e imprecisa. Na verdade, a depender da visão adotada, a indelegabilidade pode ser vista até mesmo como uma regra, pois não poderia ser contornada. Sobre a teoria dos princípios, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 6^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁰² LOCKE, John. *Two treatises of government*, Cap. XIV, § 141, p. 340, versão eletrônica disponível em http://files.libertyfund.org/files/222/0057_Bk.pdf, acesso em 13.06.2013.

¹⁰³ Enumerando os mesmos três argumentos como centrais na construção da doutrina da indelegabilidade a partir do pensamento de Locke, v.: IANCU, Bogdan, *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, pp. 4-5.

premissas fundacionais, sempre com a preocupação de destacar como essas noções foram recepcionadas pelo direito constitucional brasileiro e como elas convivem numa realidade de imbricação e evolução permanente.

Na verdade, não é possível falar-se em Estado de Direito, princípio democrático e separação de Poderes como fenômenos dissociados e parados no tempo. Trata-se de ideias inseparáveis, como defluirá do texto, embora possam ser abordadas em tópicos distintos. Além disso, cada uma dessas premissas, com a experiência e com o desenvolvimento das ideias – que sempre acabam por ganhar vida própria e independente de seus autores –, sofreu transformações. Procuraremos traçar essas mudanças com o foco naquelas que digam respeito, precipuamente, ao nosso objeto de estudo.

É o que se passa a fazer.

1.1.2 O Estado de Direito: o Estado da legalidade.

O *Estado de Direito* é um dos temas mais importantes e recorrentes da cultura contemporânea. Fala-se de Estado de Direito não só nos meios acadêmicos, mas também nos debates políticos, nos tribunais, na diplomacia, ou mesmo nos jornais¹⁰⁴. De origens diversas, as ideias de Estado de Direito e suas irmãs gêmeas *Rule of Law*, *Rechtsstaat* e *État de Droit*¹⁰⁵, envolvem implicações tanto materiais (como a proteção e a promoção de direitos fundamentais), quanto processuais (como a manutenção de um ambiente deliberativo saudável e a produção de normas jurídicas claras¹⁰⁶), as quais compõem significados que vão muito além dos objetivos deste estudo.

Sinteticamente, no entanto, pode-se afirmar, para os fins desta tese, que a noção de *Estado de Direito* integra o ambicioso projeto do iluminismo, cujo escopo basilar era – e continua sendo¹⁰⁷ – a contenção e a legitimação racional da autoridade política. E é dentro

¹⁰⁴ V. WALDRON, Jeremy. “The concept and the rule of law”, in *Georgia Law Review*, vol. 43, n. 1, 2008, pp. 3-61.

¹⁰⁵ Tentando diferenciar *Rule of Law* (da tradição anglo-saxônica), *Rechtsstaat* (da tradição alemã) e *État de Droit* (da tradição francesa), v.: ROSENFELD, Michel. “The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy”, in *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001, pp. 1307-1351. Para os fins deste trabalho, no entanto, não nos parece que haja distinção relevante.

¹⁰⁶ Richard H. Fallon Jr. destaca e critica esse caráter multifacetário que o conceito de Estado de Direito (*rule of law*) adquire nos debates judiciais e acadêmicos, o qual pode ser analisado, no seu entender, a partir de quatro modelos descritivos: (i) o historicista, (ii) o formalista, (iii) o procedimental; e (iv) o substantivo. Fallon defende o desenvolvimento de um conceito mais claro de Estado de Direito, para que o mesmo não se perca no debate como um instrumento de retórica. V. FALLON, Richard. “‘The Rule of Law’ as a concept in constitutional discourse”. In *Columbia Law Review*, vol. 97, n. 1, 1997, pp. 1-56.

¹⁰⁷ John Rawls, como destaca Paul Kahn (KAHN, Paul. *The Cultural Study of the Law*, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 20) é o perfeito iluminista contemporâneo e seu pensamento demonstra como o projeto iluminista de justificação racional do poder do Estado continua vivo e presente nas sociedades ocidentais.

desse plano que o soberano deixa de ser o monarca e passa a ser o direito. Sai a vontade divina, e entra a vontade racionalizada. O direito, fruto da razão, substitui o rei. Ou, de outro ângulo de visão, o direito toma o lugar que era de Deus¹⁰⁸.

Tornou-se, assim, vitoriosa a ideia de que “[U]ma sociedade civilizada é aquela que deve ser regida por leis, não por caprichos dos governantes”¹⁰⁹. Assim, o poder público deverá ser exercido sem maiores interferências das visões de mundo, ideologias, e concepções de certo e errado do agente estatal. Aquele que possui função de poder deverá, antes de tudo, observar o direito. Isto é: deverá respeitar o conjunto de normas jurídicas substantivas e processuais que limitam a sua vontade.

O princípio da legalidade administrativa é uma dessas normas de limitação e legitimação da autoridade. Ele é o mecanismo desenvolvido no Direito Administrativo como ingrediente essencial ao projeto do Estado de Direito. Nesse sentido, é correto dizer que o *Estado de Direito* abrange o *Estado da legalidade*¹¹⁰. Se a concepção consagrada pelo iluminismo envolvia controlar o rei¹¹¹, o projeto do princípio da legalidade destina-se a domar toda a Administração Pública.

O ideário fundamental nesse processo é o de vinculação do Administrador Público ao direito positivo, com destaque para a lei formal, entendida como uma vontade externa à Administração, a qual almeja domesticar. Na *legalidade* são depositadas as esperanças de que o Administrador Público não inovará na ordem jurídica, exigindo-se, na outra ponta, que o legislador não delegue suas atribuições criativas ao agente administrativo. O Estado de Direito, nessa linha de argumentos, fracassará se o legislador for capaz de transferir seu mandato exclusivo a terceiros. O raciocínio é direto: se a delegação fosse possível, aquele que exerce autoridade deixaria de se subordinar ao direito e passaria a se sujeitar à sua própria vontade; às suas próprias regras.

V. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e RAWLS, John. *O liberalismo político*, 2ª ed., (trad. Dinah de Abreu Azevedo), São Paulo: Ed. Ática, 2000.

¹⁰⁸ V. KAHN Paul, *The reign of law: Marbury v. Madison and the construction of America*, New Haven: Yale University Press, 1997.

¹⁰⁹ STONE, Alan. “Rule of Law”. In *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, vol. 4., (org. por Jay Shafritz), Boulder, CO: Westview Press, 1998, p. 2010.

¹¹⁰ LEAL, Victor Nunes. “Lei e regulamento”, in *Problemas de Direito Público e outros problemas*. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 60.

¹¹¹ Sobre as raízes desse processo, com destaque para a Magna Carta, v. GALVÃO, Paulo Braga. “O ponto de partida do constitucionalismo”, in *Direito Público*, org.: Rodrigo Brandão e Patrícia Baptista (Vol. 8 da Coleção 80 anos Direito UERJ), Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015, pp. 435-449.

1.1.2.1 Genealogia da legalidade administrativa.

A noção de um princípio de vinculação do agir administrativo à lei remonta à Grécia antiga¹¹². Na Oração Fúnebre de Péricles, de 431 A.C., conforme registrado por Tucídides, destacou-se, dentre os valores a serem preservados em homenagem aos mortos na Guerra do Peloponeso, o respeito à lei.¹¹³ Aristóteles também sublinhava que um governo de leis é meio de proteção contra as paixões¹¹⁴.

Tais referências da antiguidade, contudo, apenas remotamente referem-se ao conceito de legalidade. A consagração da legalidade administrativa deu-se apenas com o desenvolvimento, na Idade Moderna, das concepções surgidas, respectivamente, na Inglaterra e na França, de supremacia parlamentar, e de que a *lei* é fruto da razão e de uma vontade superior coletiva.

O governo parlamentar e a supremacia dessa instituição compõem a espinha dorsal da organização política inglesa¹¹⁵. Tal conceito evoluiu ao longo dos séculos, com a paulatina imposição ao rei, pelas casas legislativas, de estatutos que cada vez mais limitavam a sua autoridade e poderes (*e.g. Magna Carta, Petition of Rights e Bill of Rights*). Essa tensão institucional teve seu ápice na Revolução Gloriosa (1688-1689), quando, definitivamente, o rei teve de se render ao jugo das casas legislativas¹¹⁶. Nesse sentido, afirma-se que o conteúdo do princípio da soberania do Parlamento é um produto direto da secular disputa por poder na Inglaterra entre o Rei, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes¹¹⁷.

Mas o sentido atual de legalidade administrativa também é tributário da tradição francesa, segundo a qual a lei é sacralizada como a manifestação da vontade geral

¹¹² OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2013, p. 74.

¹¹³ Nas palavras de Tucídides: “Ao mesmo tempo que evitamos ofender os outros em nosso convívio privado, em nossa vida pública nos afastamos da ilegalidade principalmente por causa um temor reverente, pois somos submissos às autoridades e às leis, especialmente àquelas promulgadas para socorrer os oprimidos e às que, embora não escritas, trazem aos transgressores uma desonra visível a todos.” TUCIDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, Livro segundo, 4ª edição, Coleção Clássicos IPRI, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 109, Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/al000234.pdf>, acesso em 13.07.15.

¹¹⁴ ARISTÓTELES, *Politics*, Book III, Part XV, Translated by Benjamin Jowett, *ebook*, Kansas: Digireads Publishing, 2005, p. 52. “Hence it is clear that a government acting according to written laws is plainly not the best. Yet surely the ruler cannot dispense with the general principle which exists in law; and this is a better ruler which is free from passion than that in which it is innate. Whereas the law is passionless, passion must ever sway the heart of man”.

¹¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 78-79.

¹¹⁶ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Batterworths, 1996, p. 30 *et seq.*

¹¹⁷ Sobre a supremacia do Parlamento e seu sentido, v. o clássico: DICEY, A. V.. *An introduction to the study of the law of the constitution*, 8ª ed., 1914, integralmente disponível na internet, no sítio www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm, acesso em 10.07.2015.

rousseauiana¹¹⁸. Observar a legalidade é respeitar a *vontade da nação*¹¹⁹. E a Administração Pública só será legítima se e quando estiver positivamente vinculada a esse desígnio superior. É com essas raízes que, paulatinamente, a lei se torna “o fundamento, o critério e o limite do agir administrativo”¹²⁰. E tal foi a inspiração do constituinte brasileiro ao consagrar o princípio da legalidade administrativa no art. 37, *caput*. Inspiração essa captada na síntese de Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

O Estado de Direito desde suas origens históricas, evolui associado ao princípio da legalidade, ao primado da lei, idealmente concebida como a “expressão da vontade geral institucionalizada”. Na travessia do absolutismo para o modelo liberal, consagrou-se a fórmula clássica *do governo de leis e não de homens*, a caracterizar o sentido impessoal e representativo do poder político. *Lei* não é qualquer ato de vontade emanado dos agentes públicos estatais, mas ao revés, identifica uma peculiar espécie normativa, dotada de caráter geral e abstrato, normalmente produzida no órgão de representação popular, isto é, o Legislativo. (...) no Brasil, somente a lei está apta a inovar, originariamente, na ordem jurídica.¹²¹

1.1.2.2 A dogmática clássica da legalidade no direito público brasileiro.

Na perspectiva dos particulares, o princípio da legalidade é resumido à máxima “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da Constituição). Somente a *lei* pode criar direitos e obrigações. Em contrapartida, na perspectiva do Direito Administrativo e como decorrência genérica do princípio da legalidade, consagrado no art. 37 da Constituição, a Administração Pública só pode atuar quando a lei permitir e nos limites da mesma. O intuito é o de que a liberdade dos particulares não seja cerceada pela tirania do Administrador Público ou de outra manifestação da autoridade pública, o que se revela mais frequentemente com o Poder Executivo.

Dogmaticamente, de acordo com a sistematização de Otto Mayer do final do século XIX¹²², o princípio da legalidade com relação à Administração Pública desdobra-se em outros dois: (i) o princípio da precedência de lei, (ou preferência, ou compatibilidade) e (ii) o princípio da reserva de lei ou conformidade.¹²³ A ideia de precedência de lei implica o dever de não contrariar o desígnio legislativo (*dever de compatibilidade*). Significa que a

¹¹⁸ V. MALBERG, Carré de. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984.

¹¹⁹ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ª ed., Paris: Dalloz, 2002, p. 564.

¹²⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito administrativo*, Vol. I, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 46.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto, *Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de direito constitucional*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165.

¹²² MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Buenos Aires: De Palma, 1949, pp. 95 e 98

¹²³ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 18 ss. V. tb. BARROSO, Luís Roberto, *Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de direito constitucional*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169.

Administração Pública, em sua atuação, está impedida de afrontar o que prescreve a lei. A vontade da lei tem preferência e a ação administrativa com ela deve ser compatível. Já o princípio da reserva de lei significa que a Administração Pública só pode agir quando o ato estiver anteriormente previsto em lei (*dever de conformidade*).¹²⁴ Nessa toada, se há conformidade, haverá precedência, mas, se há precedência, não necessariamente haverá reserva de lei.

A noção de que a autoridade pública deva se submeter a normas, não podendo contrariá-las, surge antes, logicamente, da total submissão de seus atos a uma previsão legal (vinculação positiva-reservada), refletindo-se na superioridade hierárquica da lei.¹²⁵ Enquanto garantia da liberdade e propriedade dos cidadãos, o princípio da reserva tem alcance profundo, além de ser acompanhado pelo discurso da certeza de que é o povo, por seus mandatários eleitos, que dita suas próprias regras, sem transferências para terceiros. Aliás, a ideia de conformidade surge em circunstâncias em que inexistia um catálogo de direitos fundamentais, e a exigência de lei para atuação administrativa serviu, justamente, como uma garantia procedimental do Estado de Direito¹²⁶. A lei do Parlamento seria capaz de evitar os abusos e coibir a tirania. E a Administração Pública, para ser legítima, deveria nada mais que “*aplicar a lei de ofício*”¹²⁷, para usar a expressão de Miguel Seabra Fagundes.

A experiência, todavia, mostrou que, além de não ser verdade que administrar é aplicar a lei de ofício, a lei pensada no iluminismo não foi capaz de conter o arbítrio. Pelo contrário.

1.1.2.3. Da crise da legalidade à juridicidade do Estado regulador.

A experiência do nazi-fascismo mostrou que o legislador pode cometer erros graves, e que a lei não incorpora, necessariamente, uma vontade racional eticamente superior. A lei é incapaz, *per se*, de garantir justiça e liberdade¹²⁸. Como é comumente lembrado¹²⁹, o nazismo

¹²⁴ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *op. e loc. cit.*

¹²⁵ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *op. cit.*, p. 19 e 20.

¹²⁶ Para Canotilho, “o princípio da legalidade da administração, sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação dos poderes, foi erigido, muitas vezes, em ‘cerne essencial’ do Estado de Direito [...] pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado” (CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Lisboa: Ed. Almedina, 1999, p. 251).

¹²⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 16-17. Seguindo expressamente a mesma opinião: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O poder regulamentar ante o princípio da legalidade*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 4, 1993, p. 72.

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 173.

foi instrumentalizado por meio da mesma lei do Parlamento, que se imaginava fruto da razão e destinada a fazer justiça¹³⁰. Por isso, deixou de ser digna da qualificação moralmente superior que lhe foi dada na Revolução Francesa¹³¹. A lei é *dessacralizada*¹³².

A legalidade passou a ser criticada como um instrumento focado em aspectos meramente formais. O estudo e a aplicação da legalidade se fecharam em miudezas quanto à forma, dentro de uma concepção de que “a lei contém todo o direito”,¹³³ acompanhada de um “discurso ideológico”, que “retém o estudioso do direito em um universo de ‘dever ser’ axiologicamente neutralizado”.¹³⁴

Ao mesmo tempo, essa legalidade não conseguiu criar um arcabouço institucional compatível com o surgimento de modelos de gestão pública impensáveis ao tempo da revolução francesa. O avanço do Estado de bem estar social, com o incremento das demandas populares por conta da expansão do sufrágio¹³⁵, mostrou: (i) que a lei não é bastante para dar todas as respostas esperadas pela população, bem como (ii) que administrar envolve bem mais que ações mecânicas de aplicação da lei. Em verdade, em face das necessidades surgidas a partir do avanço do Estado social, e, posteriormente, pelo Estado que se convencionou chamar regulador¹³⁶, a legalidade como instrumento de vinculação reforçada do agir administrativo se mostrava, no mínimo, insuficiente.

¹²⁹ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 22. BARCELLOS, Ana Paula de, *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, vol. 53, 2000, pp. 80-81.

¹³⁰ Na verdade, o nazismo alemão, idealizado pelo forte Poder Executivo concentrado nas mãos de Hitler, não se sustentou apenas com a lei. Ele contou, também, com a condescendência do Poder Judiciário, como, demonstra: MULLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich* (trad. para o inglês de Deborah Lucas Schneider), Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

¹³¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99; e BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 34.

¹³² FAVOREU, Louis, *A evolução e a mutação do Direito Constitucional francês*, in *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 215.

¹³³ Cfr. CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pp. 48-49.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto, *Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 78, 1983, p. 165.

¹³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pp. 49 ss.

Talvez a principal razão da perda do caráter sacrossanto da lei tenha sido a instalação dos regimes fascistas no século XX sem qualquer oposição consistente dos Legislativos, como nota BARCELLOS, Ana Paula de, *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, vol. 53, 2000, pp. 80-81.

¹³⁶ TRAVASSOS, Marcelo. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 5; e pp. 29-53. V., ainda, MATTOS, Paulo Todescan L. *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*, São Paulo: Singular, 2006.

A Administração passa a ter muitas outras funções, as quais não se resumem a atividades meramente executivas, como se poderia almejar no Estado liberal clássico, ao menos em teoria. Surge, assim, um discurso forte no sentido de que o Estado contemporâneo precisa transferir funções legislativas a entidades administrativas¹³⁷. No complexo modelo de Estado atual, administrar envolve as inúmeras facetas da regulação econômica e social, inclusive com o desenvolvimento de instituições voltadas a esses fins (*e.g.* as agências reguladoras), com a especialização necessária para dar as respostas que são esperadas do Poder Público.

A função regulatória,¹³⁸ que se expande desde a Constituição¹³⁹, proliferando-se em leis e multiplicando-se numa inflacionada realidade de resoluções e atos de entidades administrativas setoriais, é um dos principais meios de manifestação do poder estatal contemporâneo¹⁴⁰, e ilustra como o papel da Administração Pública é abrangente.

Administrar é também regular as relações econômicas e sociais. É, por exemplo: (i) planejar e desenhar marcos regulatórios¹⁴¹; (ii) fiscalizar e dialogar com os agentes regulados e com os cidadãos interessados, para que se busquem formas mais eficientes de se protegerem

¹³⁷ Em texto publicado em 1958, Alf Ross registrava essa transformação e os desafios que ela ensejava: “Social welfare measures have assumed enormous proportions and have gradually encompassed the whole population. The machinery of the state has developed into a gigantic organization covering practically every aspect of life, and whose staff of civil servants make up a goodly part of the population. A state of this type cannot be governed by the same methods as the liberal state. The relation between legislation and administration must of necessity take on a radically different form. A tremendous expansion of governmental authority is inevitable. It is not possible for the legislator from his lofty position to direct this giant machine effectively. To a considerable extent, the constructive initiative has to pass from the parliament to the government offices and a series of semi-autonomous boards and commissions. In terms of law this trend manifests itself in numerous more or less comprehensive acts of authorization or full-powers. Delegated legislation, as it is called, assumes a proportion that departs completely from classic legislative principles and necessarily raises a number of political and constitutional problems. It would be too optimistic to believe that this development is no more than a transient phenomenon due to war and other crises. All indications go to show that this state of affairs has come to stay. Whether we approve of this development or not, we have to face up to the problems it brings with it.” (ROSS Alf. “Delegation of Power. Meaning and Validity of the Maxim *delegata potestas non potest delegari*”. *In The American Journal of Comparative Law*, vol. 7, n° 1, 1958, p. 4).

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹³⁹ A Constituição brasileira tem a peculiaridade de ser o primeiro estatuto regulatório do País (CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*, Renovar: 2010). O constituinte quis conformar amplamente a economia, o que despertou, na maioria da doutrina brasileira, a ideia, para nós equivocada, de que a Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, como sugerido por J. J. Gomes Canotilho a respeito da Constituição portuguesa (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra ed., 2001).

¹⁴⁰ A transformação é tendência observável mundo afora. V. ROSE-ACKERMAN, Susan e LINDSETH, Peter L. (coord), *Comparative Administrative Law*, Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2010.

¹⁴¹ *E.g.*: o modelo de outorgas, de metas de universalização e de qualidade no âmbito das telecomunicações, conforme determinado pela Lei n° 9.472/1997. Sobre o poder normativo da Agência Nacional de Telecomunicações e do Presidente da República no âmbito da regulação de telecomunicações, v. BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. “Entre a política e a expertise: a repartição de competências entre o Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações”, *in Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 04, 2008.

direitos e de se permitir o desenvolvimento de atividades econômicas¹⁴²; é também (iii) julgar possíveis infrações cometidas por particulares ou por agentes regulados, garantindo direitos relacionados ao devido processo legal (v. Lei nº 9.784/99). Isso sem mencionar o aspecto prestacional e positivo, inseparável da função administrativa contemporânea, do que decorre que administrar abrange (iv) a oferta de inúmeros serviços públicos, quer por meio de delegação a particulares, quer diretamente (art. 175, CRFB);¹⁴³ bem como (v) atividades de fomento¹⁴⁴.

Em suma, a gestão da coisa pública não se concretiza na mera aplicação de ofício da lei, mas inclui uma gama de ações para que a Administração Pública atinja os seus muitos fins constitucionais, dentro dos limites da lei¹⁴⁵, ou, por vezes, até mesmo de maneira desvinculada da lei, mas com base na Constituição¹⁴⁶.

Pois bem. Tanto em razão do enfraquecimento da lei formal, quanto por conta das transformações por que passou o Estado a partir de seu modelo social, surgiu demanda por novos discursos de legitimação do poder exercido por administradores. Era terra fértil para a defesa de outras formas de vinculação administrativa ao direito. E a grande vencedora nesse processo foi a Constituição. Ao passo em que a legalidade descia do seu pedestal, o constitucionalismo decolava como a solução institucional possível para o retorno ao projeto iluminista do Estado de Direito.

O constitucionalismo foi a grande resposta à insatisfação com a lei. No Estado contemporâneo, muito mais que à lei, a Administração submete-se à Constituição¹⁴⁷. Trata-se

¹⁴² Pense-se, *e.g.*, na atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, quando, no intuito de modificar as regras relacionadas aos ingredientes de cigarros, convoca audiências públicas destinadas a compreender em que medida certas proibições de ingredientes afetam o setor produtivo e o consumo de tabaco (v. Consulta Pública ANVISA nº 112 de 2010).

¹⁴³ Há algum tempo Nuno Piçarra já dizia que administrar envolve funções planificadoras, normativas, de gestão financeira, de produção de bens e de prestação de serviços. PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, in *O Direito*, segunda parte: 1990, III e IV (julho-dezembro), pp. 573.

¹⁴⁴ Sobre o conceito de fomento enquanto função administrativa, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Por uma teoria de fomento público. Critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista”, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 65, 2010, pp. 115-176.

¹⁴⁵ Cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 7ª ed., Madrid: Civitas, 1995, p. 426.

¹⁴⁶ Aliás, a própria Constituição expressamente admite tal atuação administrativa desvinculada da vontade legislativa. Um exemplo fácil: a alteração de alíquotas de tributos regulatórios por decreto (art. 153, §1º, da Constituição) pode ser feita por decreto, por opção do próprio constituinte, e demonstra a liberdade de intervenção da Administração Pública e a relevância de sua atuação.

¹⁴⁷ A legalidade ganha, nas palavras de Eduardo García de Enterría, *complementos constitucionais*, num processo de vinculação substantiva e valorativa da Administração Pública. A ideia básica é a de que “a lei não é a única origem do Direito para o sistema constitucional”, entendido como uma ordem de valores (cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de. *El principio de la legalidad en la constitucion in reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid: Civitas, 1984, pp. 92-94).

de delimitar a legalidade na Constituição, verificando-se a extensão das matérias reservadas à lei, além do grau dessa reserva de competência legislativa.

E assim desenvolve-se a ideia de que a legalidade administrativa deva ser substituída por uma noção mais abrangente que se denominou *juridicidade*. A doutrina da juridicidade busca, sem se afastar por completo da importância da lei formal, reconduzir a ação administrativa a um labor fundado diretamente na Constituição¹⁴⁸. O Direito Administrativo, devidamente permeado pela Carta Magna, admite que a Administração Pública aplique a Constituição e “*arranque*” da Lei Maior, para usar a expressão do STF quando definiu a competência normativa do Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁹, a sua própria legitimidade, inclusive para a criação de normas jurídicas. Essa perspectiva de ideias baseia-se na noção de que a Administração Pública está vinculada não apenas à lei, mas a todo o Direito¹⁵⁰. Ou, mais especificamente, à *juridicidade*, na nomenclatura já encontrada na obra de Adolf Merkl¹⁵¹.

Na doutrina contemporânea, o princípio da juridicidade é apresentado como um requisito mais forte de vinculação, porquanto pautado na ideia de que o Administrador está adstrito não só à lei, mas a todo o ordenamento jurídico¹⁵², numa colocação teórica do *bloco de legalidade* de Maurice de Hauriou¹⁵³. Com o triunfo do constitucionalismo, esse discurso evoluiu para a defesa da Constituição como o estatuto cimeiro de legitimação administrativa, e “*o fundamento primeiro do agir administrativo*”¹⁵⁴.

Esse processo de vinculação administrativa à Constituição se operacionaliza tanto na aplicação direta de regras claras do Texto Maior, quanto por meio do resultado do

¹⁴⁸ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

¹⁴⁹ Nas palavras do Min. Ayres Britto: “*A Resolução n. 7/05 [do CNJ] se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.*” (ADC nº 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16.02.06, DJ de 01.09.06).

¹⁵⁰ V. WALINE, Jean. *Droit Administratif*, 25ª Ed., Paris: Ed. Dalloz, 2014, p. 275.

¹⁵¹ MERKL, Adolf, *Teoria general del derecho administrativo*, Madrid: Ed. Revista de derecho privado, 1935, pp. 132 ss.

¹⁵² Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha, diante do princípio da juridicidade, “*o administrador público submete-se não apenas a lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal*” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 79 e 87).

¹⁵³ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ª ed., Paris: Dalloz, 2002, p. 577 (a 12ª ed. da obra de Maurice Hauriou foi publicada, originalmente, em 1933). Rejeitando tal perspectiva na França e narrando a evolução do conceito de legalidade naquele país, v. EISENMANN, Charles. “O direito administrativo e o princípio da legalidade”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 56, 1959, pp. 47-70.

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 37.

sopesamento entre os seus variados princípios, por intermédio do postulado da proporcionalidade¹⁵⁵, na análise sucessiva dos seus três elementos: a *adequação* ou *idoneidade* (aptidão para alcançar o fim constitucionalmente pretendido, bem como o fim almejado pelo Poder Público); a *necessidade ou exigibilidade* (opção pelo meio que menor sacrifício cause aos direitos em jogo) e a *proporcionalidade em sentido estrito*, que corresponde ao mandado de ponderação propriamente dito¹⁵⁶ (relação de custo-benefício entre o direito sacrificado e o fim pretendido)¹⁵⁷.

A vontade administrativa, nesse cenário, torna-se, também, um produto da ponderação entre os princípios constitucionais aplicáveis diretamente pela Administração Pública. Surge, assim, uma *legalidade principiológica*, que exige do legislador o mínimo de densidade normativa no processo de atribuição de poderes à Administração Pública, falando-se aqui em “*habilitações normativas calcadas em princípios e valores*”¹⁵⁸, inclusive com a possibilidade de superação do texto da lei em razão da incidência de outros princípios constitucionais¹⁵⁹. A Constituição venceu a lei. Nas palavras de Paulo Bonavides, “*se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição*”¹⁶⁰.

¹⁵⁵ V. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 121-124; 131-132; 148-161. Ver, ainda, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 218-246; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 310-382; e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, pp. 23-50.

¹⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade, in *Legitimação dos Direitos Humanos*, org. Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 425.

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”, in *Revista de Direito Administrativo*, vo. 236, 2004, p. 62.

¹⁵⁹ Nas palavras de Gustavo Binbenbojm: “a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica [direito administrativo]. (...) É interessante anotar, ainda, que Constituições como a brasileira de 1988, reduzem significativamente o espaço de conformação do legislador, podendo-se dizer que em muitos casos a Carta Magna estabelece espaços de decisão equivalentes aos que classicamente a lei atribuiu ao regulamento. O legislador, neste sentido diminuído, torna-se executor (ou aplicador) da Constituição. O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei como tradicionalmente concebido (...) o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 130 e 132). Na 3ª edição de seu livro, o autor sustenta a mesma ideia, adicionalmente afirmando que “[n]este aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais”. Ibidem, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 137.

¹⁶⁰ Continua, ainda, o autor: “A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 424.

Carlos Ari Sundfeld¹⁶¹ critica a perspectiva da juridicidade por entender que a mesma substitui o mito liberal da lei por um papel supervalorizado da Constituição. A seu juízo, isso implica excesso de subjetivismo do Administrador Público. E nesse ponto começam a surgir algumas dificuldades, pois ao mesmo tempo em que se ampliam os meios de controle, são alargados os poderes de tomada de decisão.

A crítica do professor de São Paulo merece reflexão. O discurso de que a juridicidade seria um meio de controle mais forte e apropriado para estreitar a ação administrativa à vontade constitucional, se mal conduzido, pode implicar menor vinculação e abusos. O agente público que age consoante o resultado da ponderação de princípios constitucionais (inclusive o da legalidade), acaba possuindo um leque mais aberto de opções, inclusive numa denominada juridicidade *contra legem*¹⁶². O Administrador Público que aplica a Constituição, além de interpretar os conceitos abertos presentes nas leis, pode refiltrá-las à luz dos – ainda mais flexíveis e por vezes contraditórios – princípios constitucionais. O dever de ponderar os princípios constitucionais em jogo contribui para racionalizar o processo de tomada de decisão, mas não afasta a circunstância de que a aplicação do postulado da proporcionalidade é apto a gerar, hipoteticamente, mais de um resultado válido e conferir mais liberdade ao agente, ou mesmo arbitrariedades.

Nesse contexto, a exigência de lei acaba sendo mitigada em razão de outros princípios. E aquilo que vier a ser delegado com uma amplitude definida pela dicção legal (muitas vezes de textura maleável) é ainda mais flexibilizado pelas muitas possibilidades ponderativas oferecidas pela Constituição. Segundo Fabien Gélinas, o avanço mundial do princípio da proporcionalidade¹⁶³ como meio de justificação do Direito Administrativo talvez seja o maior exemplo do fracasso da tentativa de imposição de limites normativos ao processo de transferência de potestades legislativas à Administração Pública¹⁶⁴.

Em segundo lugar, a substituição do paradigma de legalidade para o de constitucionalidade, se, de uma banda, torna menos rígida a vinculação administrativa, de outra, acaba por transferir poderes efetivos aos Juízes, podendo gerar excesso de subjetivismo

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 134.

¹⁶² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 183 e ss.

¹⁶³ V. BARAK, Aharon. *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁶⁴ GÉLINAS, Fabien. “Book note” (sobre a obra de Bogdan Iancu, Legislative Delegation: The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism), in *McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill*, 58:4, 2013, p. 1087.

judicial¹⁶⁵. Sim, porque será o Poder Judiciário o *locus* em que a Constituição poderá ser reinterpretada e a vontade administrativa reconsiderada em face de mais um juízo de proporcionalidade. E aqui se tem uma delegação muito mais problemática, pois, se a Administração Pública não possui o mesmo substrato democrático do Parlamento, o Poder Judiciário, por definição, deve estar ainda mais longe das vontades eleitorais. Isso sem mencionar que o Poder Judiciário não detém as mesmas capacidades técnicas da Administração Pública¹⁶⁶.

O que se está a afirmar é que o princípio da juridicidade pode não ser exatamente um caminho para estreitar a vontade administrativa às opções dos representantes eleitos do povo. Ele pode se desdobrar em mecanismo de incremento da capacidade de controle jurídico, o que acaba subordinando a Administração Pública a um forte direcionamento pelo Poder Judiciário. Com isso, cria-se um novo problema de delegação (aos juízes), o que robustece o déficit de legitimidade causado pela transferência de poderes inicialmente feita pelo legislador ao Administrador. Serão os juízes os atores que aferirão – pelas amplas portas do acesso à justiça para o controle dos atos administrativos – se a ponderação administrativa deve ser mantida, e poderão reconsiderar aspectos técnicos com os quais não estão familiarizados.

Em suma, a consagração do princípio da juridicidade, conquanto possua o mérito de atualizar o projeto do Estado de Direito no Direito Administrativo ao situá-lo na lógica do constitucionalismo, implica o fortalecimento do papel do Poder Judiciário na revisão dos atos administrativos e das delegações legislativas. A consequência disso é que o discurso de legitimação do Direito Administrativo pela vinculação à Constituição acaba sendo um instrumento de reforço substancial da capacidade de controle da administração pública por juízes não eleitos e sem conhecimento técnico-regulatório. Se isso tem um lado positivo por reforçar os meios de supervisão da Administração, há uma face problemática quando se consideram aspectos de legitimidade (técnica e democrática). Em verdade, o problema do *déficit* de legitimidade pode até se intensificar. Afinal, administradores além de institucionalmente mais aptos a certas decisões permeadas de tecnicidade, estão mais próximos da vontade democrática, porquanto chefiados (com maior ou menor independência) pelo Presidente da República, Governadores e Prefeitos.

¹⁶⁵ A propósito, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios”, in *Direito Público*, org.: Rodrigo Brandão e Patrícia Baptista, (Vol. 8 da Coleção 80 anos Direito UERJ), Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015, pp. 21-40.

¹⁶⁶ Sobre o problema da interpretação jurídica e as capacidades institucionais envolvidas, v. SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003.

Há que se encontrar, assim, além de caminhos para mitigar o problema das dificuldades relativas às capacidades institucionais¹⁶⁷, formas de valorização da lei formal e de sua compreensão na dinâmica do presidencialismo brasileiro. É preciso buscar a *dignidade da legislação*, para usar a expressão de Jeremy Waldron¹⁶⁸, o que implica recolocar a lei num papel não sagrado, mas, a nosso ver, pragmatista e democrático. Elemento central nesse discurso, o qual, registre-se, é destacado pela doutrina da juridicidade, é trazido pelas teorias e técnicas das reservas de lei.

1.1.2.4 As reservas de lei.

A dogmática das *reservas legislativas*, como implicação da vontade do próprio constituinte, é um exemplo interessante de que o constitucionalismo reconhece a importância da lei formal. O legalismo, constitucionalizado, persiste. Certas matérias só podem ser tratadas por lei formal, *i.e.*, ato legislativo do Parlamento.

A ideia reserva de lei pode ser conceituada como a técnica constitucional que confere ao Parlamento a atribuição de dar, pelo menos, o primeiro passo na definição de certas normas voltadas a conformar ou a limitar direitos sensíveis. A premissa é a de que o processo deliberativo das assembleias legislativas contribui para garantir a proteção de direitos, dentro da lógica de que os representantes do povo agirão para proteger seus representados. Daí a noção de uma vinculação forte: “em caso de reserva de lei, o Poder Público só pode agir *se e conforme* ao que autorizou ou estabeleceu a norma atributiva de competência”¹⁶⁹.

Para alguns casos, entende-se que deva haver uma reserva absoluta de lei, como meio de reforço à proteção de direitos e liberdades. Em casos como tais, demanda-se do legislador um empenho de detalhamento supostamente exauriente. Como estão em jogo direitos e garantias fundamentais, o Parlamento não pode deixar ao Administrador espaço de manobra. O Poder Legislativo deve esgotar os parâmetros de tomada de decisão administrativa.

Na lição muito lembrada de Alberto Xavier, “*numa reserva absoluta, a lei deve conter o fundamento e a totalidade dos critérios de decisão, no caso concreto, não conferindo ao agente qualquer margem de liberdade na sua aplicação*”¹⁷⁰. Isso ocorreria de maneira reforçada no âmbito do exercício do direito sancionador. A tipificação penal, e mesmo a

¹⁶⁷ Com foco no direito regulatório, v. o nosso: CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar: 2010.

¹⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, (trad. Luís Carlos Borges), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 155. Itálicos do original.

¹⁷⁰ XAVIER, Alberto. “Legalidade e tributação”, in *Revista de Direito Público*, 47-48, 1978, p. 332.

administrativa, pressupõe esforço extra das assembleias eleitas pelo povo. Não se quer deixar nas mãos do aplicador de lei um espaço decisório em setores tão visceralmente ligados a direitos fundamentais. Sanções penais e administrativas, afinal, implicam o cerceamento da liberdade – de locomoção, inclusive, no caso penal – e do patrimônio individuais. Não podem, portanto, ser inseridas em juízos discricionários. A possibilidade da incidência da norma sancionadora deve ser decidida *ex ante* e pelo legislador, o que se desdobrou, no âmbito do direito penal, no brocardo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*¹⁷¹.

Por outro lado, diz-se que haverá reserva legal relativa quando a Constituição, embora estabeleça a necessidade de lei, não exige que o legislador esgote o assunto, deixando espaço para conformação do agente público. Trata-se de reconhecer ao legislador a possibilidade de deixar ao Administrador a escolha de caminhos. Embora a lei deva dar o primeiro passo, transfere-se ao Administrador a avaliação da oportunidade e da conveniência de sua própria ação. No caso da reserva relativa de lei, admite-se “*uma margem de liberdade, maior ou menor, na aplicação do direito no caso concreto*”¹⁷², reconhecendo-se “*a atuação subjetiva integradora do aplicador da norma ao dar-lhe concreção*”¹⁷³.

Outra espécie de reserva legal é o da chamada reserva de lei formal. Nessa hipótese, o constituinte exige lei em sentido estrito para tratar de determinado assunto. Um bom exemplo é o caso das vedações à edição de medidas provisórias, conforme estabelecido pela nova redação do art. 62, § 1º da Constituição. Assim, estão proibidas, desde a edição de EC nº 32/2001, as medidas provisórias que queiram tratar de temas como: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º. Também é vedada a edição de MP: que vise à detenção ou ao sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; reservada a lei complementar; já disciplinada em projeto de

¹⁷¹ Os créditos pelo brocardo costumam ser atribuídos ao jurista alemão Anselm Feuerbach. Nesse sentido, *e.g.*, v.: SILVA, Almiro do Couto e. “Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, vol 27, n. 57 supl., 2004, p. 16. Tal conceito, porém, é muito mais antigo que a obra de Feuerbach, sendo, aliás, um elemento fundamental na obra de Santo Tomás de Aquino, embora tenha ganhado corpo com o iluminismo (v. SCHAACK, Beth Van, “*Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*”, in *Georgetown Law Review*. Vol. 97, 2008, p. 121. V. tb., sobre a origem da noção: HALL, Jerome, “*Nulla Poena Sine Lege*”, in *Yale Law Journal*, vol 47, 1937, pp. 165-193).

¹⁷² XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 332.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre o princípio da legalidade, cit.*, p. 169.

lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Por fim, fala-se, também, na chamada reserva legal qualificada. Quando há uma reserva legal qualificada, o constituinte, além de exigir lei para uma determinada matéria, indica o conteúdo do ato legislativo a ser editado. Ou melhor: determina os meios e fins a serem perseguidos pelo legislador quando este for regular a questão¹⁷⁴. O Supremo Tribunal Federal usa a norma contida no art. 5º, XIII da Constituição, como exemplo desse tipo de reserva para o caso da profissão de jornalista, que, pela sua natureza, implica a conjugação do dispositivo ao disposto no art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e no Art. 220, CRFB. Tal conjunto normativo garante a liberdade de profissão e reserva à lei a possibilidade de exigir qualificações, as quais, no entanto, não pode cercear a liberdade de expressão, o que aconteceria pela exigência de diploma de jornalista para o exercício dessa profissão¹⁷⁵. Isto é: a reserva do art. 5º, XIII é *qualificada* pelas finalidades relativas à liberdade de expressão. As limitações legais têm tais finalidades como barreiras.

O tema das reservas de lei será retomado na Terceira Parte da tese. Ele é crucial para que se entenda em que medida há vedação às delegações legislativas. Em todo caso, é de se anotar, desde já, que a defesa da existência de reservas absolutas de lei no âmbito do Direito Administrativo merece um exame crítico. Há muito tempo fala-se da dificuldade de que a lei esgote determinada matéria, esvaziando o âmbito de conformação regulamentadora. A complexidade da vida pode exigir algum tipo de adaptação para hipóteses impensadas pelo legislador. E isso pode levar à complementação de leis que deveriam, na concepção da reserva absoluta, exaurir determinado assunto. A propósito, como ensinou Hans Kelsen¹⁷⁶, todo ato de aplicação do Direito é também ato de criação. Logo, a despeito de se falar numa categoria de reserva absoluta de lei, acreditamos que, ainda aí, poderá haver algum nível de delegação

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor, 1998, p. 34. V. tb. CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 146.

¹⁷⁵ STF, RE nº 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009, DJe 13.11.2009.

¹⁷⁶ “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, *todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção*, regulada por essa norma, de uma norma inferior. (...) Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e *em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através de decisões judiciais e das resoluções administrativas*” (cfr.: KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 6ª ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 260-261. Grifos nossos).

legislativa, até como meio de diminuição de custos de transação na formação da vontade legislativa.

1.1.3 O princípio da separação de Poderes.

A separação de Poderes, anunciada no art. 2º da Constituição brasileira e em virtualmente todas as nações democráticas, é o pressuposto institucional do princípio da legalidade. Para Almiro do Couto e Silva, a legalidade é uma “*secreção*” da separação de Poderes, a que Montesquieu ofereceu o desenho que acabou consagrado e repetido em inúmeros textos constitucionais¹⁷⁷.

De toda forma, antes ainda de Montesquieu, a doutrina da separação dos Poderes surgiu na Inglaterra, no século XVII, intimamente ligada à noção de *rule of law* e supremacia parlamentar.¹⁷⁸ A proposta era submeter o monarca à vontade dos legisladores, o que alimentou não apenas o desenvolvimento de um arranjo institucional capaz de promover tal submissão (*i.e.* a própria separação de Poderes), como também foi o combustível de fortes tensões políticas, cujo ápice foi a guerra civil inglesa. Foi diante dessa conjuntura que John Locke escreveu *Two Treatises of Government*, que constitui a primeira sistematização doutrinária da separação de Poderes,¹⁷⁹ porquanto já indicava a necessidade de separação orgânico-funcional para que a lei fosse aplicada por outra pessoa que não quem a elaborou.¹⁸⁰ Locke apontava a existência de dois órgãos de poder: (*i*) o Parlamento, que exerce a função legislativa, a que se atribuía primazia; e (*ii*) o monarca, a quem cabia a função executiva, que se desdobrava em: *a*) função federativa, quando se tratava de assuntos de guerra e paz e assuntos externos; e *b*) a função de fazer o bem público sem se subordinar a regras.¹⁸¹

Também coube a Locke, como já mencionado, enunciar a noção de indelegabilidade legislativa. Para o iluminista inglês, a função de legislar é soberana e apenas poderia ser exercida pelos representantes eleitos do Parlamento, que não poderiam transferir a outro órgão

¹⁷⁷ SILVA, Almiro do Couto e. “Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, vol 27, n. 57 supl., 2004, p. 15.

¹⁷⁸ Cfr. PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, 1989, p. 44.

¹⁷⁹ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 217. Quanto à importância da contribuição de Locke, há (*i*) autores que o consideram o pai da doutrina; (*ii*) outros que o vêem como um mero precursor; e ainda (*iii*) os que não reconhecem em sua obra nenhum sinal da referida doutrina, cfr. PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 63.

¹⁸⁰ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 71.

¹⁸¹ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu, *op. e loc. cit.*

a sua função precípua de autoridade. Se isso fosse possível, haveria risco de tirania, com prejuízos para a liberdade e para a propriedade privada.

Apesar de Locke ter realmente sido um teórico da separação de poderes,¹⁸² foi com Montesquieu que a ideia foi difundida. Foi ele quem apresentou a separação de Poderes “*como um princípio dogmático e institucional*”.¹⁸³ É em sua obra que a doutrina ganha sua apresentação clássica, a qual conjuga os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Montesquieu, no capítulo de seu *Do espírito das leis* intitulado “*Da Constituição da Inglaterra*”,¹⁸⁴ propõe uma rígida separação orgânico-funcional para a garantia da liberdade dos cidadãos¹⁸⁵. E, a partir de então, a ideia se difundiu, destacando-se os dois principais caminhos trilhados na prática constitucional: o europeu continental e aquele desenvolvido nos Estados Unidos da América.

No velho continente, a doutrina da separação de Poderes expandiu-se dentro de uma solução, modo geral, compromissória entre o rei e o povo (cabendo lembrar que a este tempo inexistia sufrágio universal)¹⁸⁶, com a consolidação de um princípio firme de supremacia legislativa. O rei se sujeitava à lei do Parlamento, invólucro possível da vontade geral a que aludiu Rousseau, acima da qual não há qualquer poder. Com efeito, embora Rousseau tenha negado a possibilidade de um corpo de representantes eleitos, suas ideias de vontade geral soberana acabaram por migrar e fortalecer o Poder Legislativo e a sua supremacia¹⁸⁷.

¹⁸² Cfr. PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 78.

¹⁸³ VERDÚ, Pablo Lucas, *Curso de derecho político*, vol. II, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1977, p. 135.

¹⁸⁴ Afirma-se que Montesquieu interpretou a seu modo a Constituição inglesa que não foi, propriamente, refletida pelo “*Espírito das leis*”. Pablo Lucas Verdú assinala, nesse sentido, que “Montesquieu estabeleceu um sistema teórico que converteu em *princípio dogmático-institucional*” (*Curso de derecho político*, vol. II, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1977, p. 136). Itálicos do original. Negritos nossos.

¹⁸⁵ No sempre citado trecho de Montesquieu: “Quando em uma só pessoa, ou em um corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar também não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver também unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. *Do espírito das leis*, edição brasileira, trad. Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 166.

¹⁸⁶ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 27.

¹⁸⁷ De fato, Rousseau em sua obra “*Do Contrato Social*” defendia a soberania popular plena, sendo tal pensador adepto do monismo de poder, havendo apenas um “centro único de poder no Estado, excluindo, conseqüentemente, qualquer outro polo de poder para além do legislativo soberano” (PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 136). Além disso, tal Poder Legislativo só poderia ser exercido diretamente pelo povo, sendo impossível a representação política. (PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, p. 134). De qualquer forma, a ideia de soberania do Parlamento certamente tem em Rousseau a sua maior raiz, pela forma radical como defendia a “vontade geral”.

O monarca europeu agora se sujeitaria às leis do Parlamento, com o que se garantiria a liberdade, pois, conforme Locke, “*onde não existe lei não existe liberdade; sendo a liberdade entendida como a capacidade de ser livre de limitação e violência de outros; o que não é possível, onde não exista a lei*”.¹⁸⁸ Também Montesquieu apresenta uma ideia de *liberdade* intimamente ligada à de *legalidade*, tratando-se de verdadeira “*liberdade normativa*”.¹⁸⁹ Nesse sentido, o autor francês destaca, sobre a constituição da Inglaterra, que “*não compete a mim examinar se os ingleses gozam ou não dessa liberdade. É suficiente para mim dizer que ela é estabelecida pelas leis*”.¹⁹⁰

A supremacia do Legislativo dava-se também em relação ao Judiciário, demonstrando-se a enorme influência de Montesquieu, Locke e Rousseau na Europa com a tardia adoção do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.¹⁹¹ Para Montesquieu, “*o judiciário é de algum modo nulo*”,¹⁹² devendo os juízes não ser “*mais que a boca que pronuncia a lei*”¹⁹³.

O segundo caminho da separação de poderes foi trilhado nos Estados Unidos da América,¹⁹⁴ onde se constituiu uma República a “*manter a favor de um presidente a imagem de um rei do século XVIII, titular ainda de prerrogativa*”.¹⁹⁵ Além disso, não se entendia o Judiciário como um Poder menos importante, como era para Montesquieu. O Poder Judiciário estadunidense, com raiz na tradição da *common law*, desenvolveu-se como um braço forte do

¹⁸⁸ No original em inglês: “*where there is no law there is no freedom; for liberty is to be free from restraint and violence from others; which cannot be, where there is no law*”(LOCKE, John, *Two treatises of Government*, Book II, Londres: C. Baldwin Printer, Harvard University Press, p. 162).

¹⁸⁹ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 90. Isso foi refletido na Declaração de 1789, cujo art. 4º fixou que “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...)* Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi” (A liberdade consiste em fazer tudo que não prejudique os outros (...) Estes limites só podem ser determinados por lei).

¹⁹⁰ *Do espírito das leis*, edição brasileira, trad. Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 175.

¹⁹¹ O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis foi concebido pela primeira vez na Europa na Constituição austríaca de 1920, por influência direta de Kelsen, mais de um século após o pioneiro caso *Marbury v. Madison*, nos EUA, julgado pela Suprema Corte deste país em 1803, no qual se considerou inconstitucional a lei do Parlamento. Veja-se sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 15 ss.

¹⁹² *Do espírito das leis*, edição brasileira, trad. Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 169.

¹⁹³ *Do espírito das leis*, edição brasileira, trad. Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 172.

¹⁹⁴ Desde “*O Federalista*”, por influência dos iluministas europeus, já se desenvolvia a doutrina da separação dos poderes nos EUA. A grande diferença, como anota Goodnow, foi que nos EUA, as ideias de Montesquieu se tornaram normas jurídicas constitucionais. E como tal, passaram a ser interpretadas e desenvolvidas por um Poder Judiciário da *Common Law*. Assim, a noção de separação rígida entre os poderes foi sendo relativizada. As Cortes desenvolveram o seu significado para adaptar a doutrina filosófica francesa “às necessidades de um sistema de governo que possui suas raízes na tradição inglesa” (GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*, Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905, p. 42).

¹⁹⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 27.

Estado, capaz, inclusive, de declarar a invalidade das leis do Parlamento¹⁹⁶. Com tal desenho, nivelavam-se funções, criando-se uma realidade de maior equilíbrio entre os Poderes, que caminhou para um sistema de supervisão recíproca.

Com a inspiração nas ideias de James Madison segundo o qual “[A]mbition must be made to counteract ambition”¹⁹⁷, desenhou-se um modelo de controle entre as instituições, com um Poder Judiciário independente e um Poder Executivo mais forte, porque calcado em legitimidade democrática permitida pelo Presidencialismo. Em outros termos, construiu-se nesse país a hoje difundida doutrina dos “checks and balances”, que “determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles”¹⁹⁸.

Segundo James Madison, em tom mais pragmático que aquele de Montesquieu, e reconhecendo a impossibilidade de separação rígida¹⁹⁹, a mera demarcação de esferas de competência de cada Poder não basta para a prevenção da tirania²⁰⁰. A melhor maneira de se evitar os riscos da concentração de poder é “entregar àqueles que administram cada departamento público, os meios constitucionais necessários, e motivos pessoais [incentivos], para resistir às usurpações dos demais (...) você deve primeiro permitir que o governo controle os governados; e, na sequência, obrigar que o governo controle a si mesmo”. E prossegue o Federalista: “A responsabilidade perante o povo é, sem dúvidas, o primeiro meio de controle do governo; mas a experiência ensinou à humanidade sobre a necessidade de precauções auxiliares”²⁰¹.

Enfim, em sua origem, como um pilar do Estado Liberal, a separação de Poderes significou, principalmente nos Estados europeus de tradição monárquica, o imperativo de diminuição autoridade real, com sua submissão ao Parlamento. Criavam-se as condições

¹⁹⁶ V. *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos EUA.

¹⁹⁷ MADISON, James, *The federalist n. 51*, in ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 349. Conforme Madison, “the private interest of every individual may be a centinel over the public rights” (*op. e loc. cit.*). Também disponível *on line*: (*The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*), Independent Journal, Wednesday, February 6, 1788. Disponível em: <http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>, acesso em 25.10.15.

¹⁹⁸ Cfr. PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989, 184.

¹⁹⁹ MADISON, James, *The federalist no. 47*, in ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 327.

²⁰⁰ *The federalist no. 48*, in *op. cit.*, p. 338.

²⁰¹ No original: consists in giving to those who administer each department, the necessary constitutional means, and personal motives, to resist encroachments of the others (...) you must first enable the government to controul the governed; and in the next place, oblige it to control itself. A dependence on the people is no doubt the primary controul on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions *The federalist no. 51*, in *op. cit.* p. 349.

institucionais da liberdade e da prevenção da tirania,²⁰² que dependia, primordialmente, da sujeição dos demais Poderes ao Parlamento, símbolo da vontade geral do povo. Trata-se de submissão que pressupõe, como destacado por Locke, a impossibilidade de que o Legislativo transfira suas funções de criar o direito a outras instituições. A ideia fundacional de uma separação rígida como pressuposto da liberdade e da democracia representativa estava lançada, o que tem reflexos até hoje, com destaque para a doutrina da indelegabilidade legislativa.

Tais perspectivas dogmáticas da origem da separação de Poderes, contudo, foram profundamente abaladas. Em realidade, o que indica o influxo das ideias desenvolvidas a partir da experiência dos EUA, o que se tem é um sistema de separação orgânico-funcional das atividades estatais básicas, com incentivos para controles mútuos. Nessa visão, há interpenetração de funções²⁰³ e constante supervisão recíproca, o que se aproxima da realidade e das necessidades do Estado contemporâneo.

Os pressupostos de fato e os fundamentos jus-políticos para a aplicação da teoria original não são mais os mesmos, com o surgimento de instituições com características impensáveis aos arquitetos da separação de Poderes²⁰⁴. Entendemos, em síntese, que são sete os elementos básicos que fazem clamar por uma nova configuração do princípio da separação de poderes: (i) a *legitimidade democrática* que permeia tanto o Executivo quanto o Legislativo²⁰⁵; (ii) a consagração de um *Estado Democrático de Direito*, que em seus próprios termos já pressupõe a busca de outras formas de legitimação do poder que não a mera legalidade formal; (iii) o *constitucionalismo*, afastando-se o culto à lei (*legalismo*); (iv) o *controle social*, notadamente de uma mídia independente, o que é próprio da democracia e de

²⁰² Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, 25.

²⁰³ Assim, no caso brasileiro tem-se que: (i) o Legislativo julga (em caso de *impeachment*, o Senado Federal exerce a função de processar e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como Ministros de Estado e comandantes das forças armadas em crimes de mesma natureza conexos com o do Presidente, cfr. art. 52, I da Constituição Federal – CRFB); (ii) o Judiciário (como todos os outros poderes) exerce funções administrativas (art. 96, I, CRFB); (iii) e o Executivo legisla (tanto por meio de Medida Provisória – MP, cfr. art. 62, CRFB, quanto por regulamentos, art. 84, IV e VI, CRFB). A separação de Poderes não está presa ao conteúdo proposto no século XVIII, ela é historicamente determinada. Nesse sentido, veja-se GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 248.

²⁰⁴ A propósito, com os olhos no direito administrativo, v. ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 265, 2014, pp. 13-23.

²⁰⁵ O monarca absolutista deixou de existir (DALLARI, Dalmo de Abreu, ressalta que o modelo clássico sequer conseguiu garantir a liberdade a que se propunha (*Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220).

uma sociedade pluralista²⁰⁶; (v) o amplo *controle recíproco* entre os “Poderes”, notadamente o *controle jurisdicional*²⁰⁷ dos atos estatais²⁰⁸; (vi) o desenvolvimento do Estado de bem estar social e seu desdobramento como Estado regulador, do qual se demanda uma postura ativa impensável ao pensamento iluminista original; e (vii) o sistema de controles políticos advindos da dinâmica partidária do presidencialismo de coalizão e seus caminhos de formação de consensos, os quais dependem tanto da ação parlamentar, quanto da própria Administração Pública, liderada pelo Presidente da República, Governadores e Prefeitos.

Realmente, o que tem implicações diretas para este estudo, os teóricos da separação de Poderes não imaginaram seus modelos para a realidade partidária²⁰⁹ que acabou se desenvolvendo e para a complexidade trazida pelo presidencialismo brasileiro. Os Federalistas, aliás, rejeitavam a criação de partidos, o que seria um sinal de formação de facções²¹⁰. O processo de formação de consensos – notadamente na realidade multipartidária que se observa no Brasil – implica percepções renovadas sobre o princípio da separação de Poderes, para que ele continue sendo um instrumento útil e válido para a contenção do arbítrio e para o bom funcionamento da democracia. E nesse processo, podem estar abrangidas algumas formas de delegações. Até mesmo porque, como será aprofundado na Segunda Parte, no Estado brasileiro contemporâneo, o Poder Executivo ocupa uma posição de liderança impensável aos iluministas, ganhando, inclusive, funções de criação do direito²¹¹.

²⁰⁶ Com o ruir do mega-Estado surge uma sociedade consciente do seu poder e apta a controlar o Estado Leviatã, a que não se deve obedecer cegamente, cfr. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

²⁰⁷ Que na Constituição brasileira ganha *status* de princípio fundamental no art. 5º, XXXV.

²⁰⁸ É pacífico na doutrina administrativista que até mesmo o classicamente intocável mérito dos atos administrativos pode sofrer controle em razão: (i) do desvio de finalidade ou de poder; (ii) da aplicação da teoria dos motivos determinantes; (iii) do controle da razoabilidade/proporcionalidade; e (iv) do controle da moralidade. Cfr., por todos, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pp. 210 e 211.

²⁰⁹ Conforme Bruce Ackerman, ao tratar do pensamento de Montesquieu, “*Nenhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador, quicá um pensador do século XVIII. Apesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em legislativo, judiciário e executivo — sendo o direito administrativo comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade*” (v. ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, *op. cit.*, p. 14).

²¹⁰ MADISON, James. *The federalist n. 10*. in ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 56-65. Também disponível em: <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>, acesso em 01.11.15.

²¹¹ J. J. Gomes Canotilho assinala que a atividade legislativa do Executivo é fenômeno mundial, sendo que “nenhum Estado da Terra – as palavras são do tribunal Constitucional Alemão – pode se dar ao luxo de dispensar a legislação governamental” (CANOTILHO, José J. Gomes. *Legislação governamental*, in *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 64).

1.1.4 O princípio democrático

A subordinação da Administração Pública ao direito não se basta numa noção formal de legalidade, ainda que em bloco. A base normativa de vinculação do agente público precisa ser democrática. Ela deve decorrer da vontade dos representantes eleitos do povo, a que, em última análise, o Administrador deve prestar contas.

Nesse sentido, a legalidade é também o projeto de controle da Administração Pública à vontade política por meio do processo legislativo, ponto de partida concreto da legitimação do agir administrativo, que, no regime democrático brasileiro, carece de suporte direto no sistema representativo. Daí as teses contrárias à delegação legislativa. Repise-se, com Locke, que os parlamentares são eleitos para tomarem, eles próprios, as decisões fundamentais que efetivamente regerão as vidas e as relações sociais no país²¹². São eles, e não os burocratas, os representantes do povo²¹³. Partindo dessa visão, as delegações distorcem a *accountability* eleitoral²¹⁴, e prejudicam a já cambaleante representatividade das instituições políticas brasileiras. Quanto mais criativa for a função administrativa, quanto mais discricionariedade regulamentar lhe for transferida, o que parece cada dia mais inevitável²¹⁵, maior será a alegação de incremento do *déficit* democrático e maior poderá ser a rejeição às delegações.

Há alguns equívocos básicos na concepção de democracia representativa como impeditivo das delegações legislativas. O primeiro deles, é que o conceito de delegação legislativa não se confunde com o de delegação criado pelo direito privado. O mandato dos agentes eleitos é, em princípio, livre e não vinculado à vontade dos seus mandantes. O limite efetivo da delegação não se encontra nas mãos do delegatário, mas na Constituição²¹⁶ e na interpretação que o Poder Judiciário dela fizer (notadamente o STF), dentro da dinâmica com os Poderes eleitos.

²¹² IANCU, Bogdan, *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 5.

²¹³ Sobre o conceito de representação, v. PITKIN, Hanna. *The concept of representation*, Berkley: University of California Press, 1972. Sobre democracia representativa, numa visão contemporânea, que rejeita a necessidade de representação como antítese ao conceito de democracia, v. URBINATI, Nadia. *Representative democracy: Principles and genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

²¹⁴ V. PRADO, Mariana Mota. “Accountability mismatch: Agências reguladoras independentes e o governo Lula”, in *Agências Reguladoras e Democracia* (org. Gustavo Binenbojm), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 225-251. Sobre o conceito de *accountability* na doutrina brasileira, v. ROBL FILHO, Ilton. *Conselho Nacional de Justiça. Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 87-130.

²¹⁵ Sobre esse dilema na ciência política e o aparente risco que a própria existência da Administração Pública representa para a democracia, v. MEIER, Kenneth e O'TOOLE JR., Laurence. *Bureaucracy in a democratic state*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 2006.

²¹⁶ IANCU, Bogdan, *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 57.

Além disso, a representatividade depositada no Parlamento, se um dia teve o escopo primordial de legitimar o governo por meio de leis, hoje se volta a um discurso de legitimação por meio do controle. Aliás, John Stuart Mill, em 1861, já defendia essa visão ao ressaltar que embora “*o significado de um governo representativo é o de que todo o povo, ou uma porção numerosa dele, exercite, por meio de deputados periodicamente eleitos por eles o poder fundamental de controle (...)*”, o que implica que “*nenhuma medida poderia se tornar direito [law] sem o expresse consentimento do Parlamento*”, é certo, por outro lado, que “*uma assembleia numerosa é tão pouco equipada para o negócio direto da legislação como para a administração*”, de modo que “*a função própria de uma assembleia legislativa é vigiar e controlar o governo*”²¹⁷.

Isso sem mencionar que o problema delegação-representação desconsidera os mecanismos de incremento da legitimidade democrática da Administração Pública, que vai desde a eleição do Presidente da República que ocupa posição central na gestão da máquina administrativa brasileira (art. 84, II, CRFB), até os meios de participação popular direta nas decisões administrativas, com procedimentalização e incremento de canais de comunicação entre burocratas e a população interessada²¹⁸.

Em verdade, o debate sobre democracia representativa na literatura jurídica deve ganhar outras preocupações e aprofundamentos para a realidade brasileira. Isso será feito quando abordarmos as delegações como um problema político na Segunda Parte. Por ora, faça-se apenas o registro de que a vinculação positiva da Administração Pública ao direito e a rejeição às delegações também possuem uma preocupação democrática-representativa.

1.2 A doutrina da indelegabilidade e o poder regulamentar.

1.2.1 Apresentação

Como mencionado, é a partir das premissas de Estado de Direito, separação de Poderes e de democracia representativa que se delineiam as teses de que não seria possível transferir atribuição normativa à Administração Pública. Tais teses são consideravelmente

²¹⁷ MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1958 pp. 68, 78, 80 e 81.

²¹⁸ Pense-se, por exemplo, na expansão das audiências e consultas públicas, nos modelos dos conselhos tutelares, bem como nas experiências de orçamento participativo, as quais se inserem num processo de multiplicação dos ambientes deliberativos. Aliás, conforme Nadia Urbinati: “political representation is a circular process (susceptible to friction) between state institutions and social practices. As such, representative democracy is neither aristocratic nor a defective substitute for direct democracy, but a way for democracy to recreate itself and improve” (URBINATI, Nadia. *Representative democracy: Principles and genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 223).

aceitas na doutrina brasileira²¹⁹, e reconhecidas como pilares do Estado consagrado constitucionalmente em 1988.

De uma maneira geral, elas se fundam numa visão de separação de Poderes estrita, bem como na percepção de que a legalidade formal é mecanismo indispensável de contenção da autoridade. O arbítrio seria inevitável diante de qualquer forma de incremento de poderes, notadamente normativos da Administração Pública, carecedora de legitimidade democrática. Nesse sentido, a doutrina da indelegabilidade desconfia profundamente da Administração Pública, que só será legítima se e quando reproduzir a vontade democrática manifestada na lei. A atuação normativa da Administração Pública seria impensável e contrária aos artigos 2º, 37, *caput*, da Constituição, bem como o art. 25, do ADCT.

É nessa linha que Celso Antônio Bandeira de Mello defende uma administração pública que se contenha sempre num agir “*sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei*”²²⁰. Trata-se da defesa do Direito Administrativo da *aplicação da lei de ofício*. Nesse cenário, já soa óbvio, a delegação legislativa seria um contrassenso.

Essas ideias são também incorporadas ao discurso do direito público em outros países tributários do iluminismo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial²²¹. É oportuno olhar as experiências dessas nações e as referências serão feitas ao longo do trabalho. No entanto, daremos destaque especial ao desenvolvimento da doutrina da indelegabilidade nos Estados Unidos da América (EUA). Quer por ser a democracia representativa mais antiga do mundo, quer por possuir a primeira Constituição escrita, entender o problema nos EUA contribui para a busca de soluções para as nossas dificuldades²²². Principalmente, como se mostrará na

²¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 355 e ss; VELLOSO, Carlos Mario da Silva, “Delegação legislativa – A legislação por associações”, in *Revista de Direito Público*, v. 22, n. 90, p. 179-188, abr./jun. 1989; VELLOSO, Carlos Mario da Silva, “Poder Regulamentar”, in: *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, p. 439-456; ATALIBA, Geraldo, “Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro”. In *Revista Jurídica da PGM-SP*, n. 2, junho 1996, p. 14 e ATALIBA, Geraldo, “Delegação normativa : limites às competências do CMN e BACEN”, in *Revista de direito público*, v. 24, n. 98, p. 50-69, abr./jun. 1991.

²²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 100.

²²¹ V. LINDSETH, Peter. “The paradox of Parliamentary Supremacy: delegation, democracy, and dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s”, in *Yale Law journal*, vol. 113, 2004, pp. 1341-1415.

²²² Na verdade, como as origens do debate sobre as delegações legislativas foram *universalizadas* nas nações democráticas do ocidente, é razoável dizer com Bogdan Iancu que, “a despeito das diferentes condições históricas, e sem considerar como as normas constitucionais sobre o tema são formuladas, o tratamento judicial das provisões normativas relativas às delegações pode ser percebido, atualmente, como sendo muito semelhante nas diversas jurisdições (tanto em termos de causas e efeitos)”. V. IANCU. Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, pp. 13-14. A obra de Iancu é marcadamente comparativa, com destaque para a experiência dos EUA (pela sua relevância), bem como para as tradições francesa e alemã.

segunda parte, quando se almeja analisar a interseção existente entre direito e política, o que vem sendo feito pela academia dos EUA há tempo considerável, nos debates sobre a teoria das escolhas públicas (*public choice theory*).

1.2.2 A *nondelegation doctrine*: fundamentos, jurisprudência, debate e permanência nos EUA.

O art. I, seção 1, da Constituição dos EUA de 1787 estabelece que “*todos os Poderes legislativos serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, o qual se constituirá de um Senado e uma Casa de Representantes*”²²³. Esse dispositivo tem sido apontado como o fundamento normativo²²⁴ da denominada *nondelegation doctrine* (doutrina da indelegabilidade), a qual prescreve que o Poder Legislativo está impedido de delegar suas funções de criar normas a qualquer outra instituição, sobretudo à Administração Pública liderada pelo Presidente da República²²⁵. O Congresso tem o encargo de tomar as decisões políticas relevantes, e não simplesmente transferi-las a terceiros²²⁶.

Nesse sentido, a doutrina da indelegabilidade tem o escopo de tornar compulsório o processo deliberativo no Parlamento antes que escolhas importantes sejam feitas de maneira unilateral. Isto é, nas palavras de Cass Sunstein, a doutrina “*envolve a necessidade de assegurar a deliberação entre pessoas que discordam umas das outras e possuem visões amplamente diferentes*”²²⁷. E prossegue o autor: “*por sua natureza, o Poder Executivo, dirigido por uma única pessoa, tendencialmente não terá um elevado grau de diversidade deliberativa, ao menos quando comparado com o Poder Legislativo*”²²⁸.

Tal seria o desígnio da Constituição dos EUA que teria consagrado, na tradição *lockeana*, um regime de *rule of law*, separação de Poderes e de democracia representativa²²⁹, no qual não seria possível transferir aquele poder já delegado do povo ao legislador. Isto é,

²²³ No original em inglês: “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.”

²²⁴ Nesse sentido, v. HAMILTON, Marci A., “Representation and Nondelegation: Back to Basics”, in *Cardozo Law Review*, vol. 20, 1998-1999, p. 807.

²²⁵ A doutrina é também aplicada para delegação a instituições privadas, delegações interfederativas e outras instituições a que o Congresso possa atribuir poderes discricionários. Para os fins deste estudo, porém, o foco será na transferência de potestades para entes da Administração Pública.

²²⁶ CHEMERINSKY Erwin, *Constitutional Law. Policies and principles*. 3ª ed., Nova York: Aspen, 2006, p. 328.

²²⁷ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 137.

²²⁸ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 137.

²²⁹ HART, James. “Limits of Legislative Delegation”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 221, Administrative Regulation of Private Enterprise (May, 1942), p. 89.

para usar o brocardo latino muito repetido neste debate: *Delegata potestas non potest delegari*²³⁰.

A despeito de se tratar de um dos temas mais recorrentes do direito público estadunidense, a doutrina da indelegabilidade foi efetivamente utilizada pela Suprema Corte como fundamento para invalidação de lei em apenas duas oportunidades. Ambas em 1935²³¹, no clímax da Era Lochner²³² de rejeição ao New Deal²³³ do Presidente Roosevelt com base na doutrina do devido processo legal substantivo (razoabilidade)²³⁴. Ambas anulando tentativas de intervenção do Estado na economia por meio do incremento das capacidades regulatórias,

²³⁰ Sobre a origem histórica do brocardo e sua incorporação acidentada nos EUA, v. DUFF e WHITESIDE, “*Delegata potestas non potest delegari; a maxim of American Constitutional Law*”, in *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, pp. 168 e ss. (sustentando que houve um erro de importação do referido brocardo latino por Henry Bracton e depois por Coke, que difundiu a ideia na tradição inglesa). Sobre o tema, v., ainda, EHMKE, Horst P.. *Delegata Potestas Non Potest Delegari. A Maxim of American Constitutional Law*, in *Cornell Law Review*, vol. 47, 1961, pp. 50-60.

²³¹ A Suprema Corte já havia feito referência à doutrina da indelegabilidade muito antes disso. Contudo, nunca a tinha usado como fundamento de declaração de inconstitucionalidade. Por exemplo, num dos mais antigos casos em que essa questão foi levada à Suprema Corte, em 1825 (*Wayman v. Southard*), o Chief Justice John Marshall, admitiu a atribuição de poderes normativos ao Poder Judiciário para fins de criação de normas processuais, contanto que (e seria esse o caso, segundo o seu juízo), tais questões refiram-se a aspectos menos importantes e refiram-se a meros detalhes. Em suas palavras, “*a general provision may be made, and power given to those who are to act under such general provisions, to fill up the details*”. Em *Field v. Clark*, julgado pela Suprema Corte em 1892, o Justice Harlan sublinhou que “é universalmente reconhecido como vital para a integridade e para a manutenção do sistema de governo previsto na constituição o princípio segundo o qual o Congresso não pode delegar poderes legislativos ao Presidente”. Sem embargo, a Corte julgou válido o estatuto (McKinley Act) que atribuía ao Poder Executivo a tarefa de fixação de tarifas alfandegárias “não se tratava de atividade legislativa [the making of law]”, mas a atribuição de poderes ao Executivo para que este atue como “mero agente” do Congresso.

²³² A “Era Lochner” foi assim denominada por conta da jurisprudência formada na esteira do julgamento do caso *Lochner v. Nova York*, apreciado pela Suprema Corte dos EUA em abril de 1905. Em tal oportunidade, discutiu-se a constitucionalidade de lei do Estado de Nova York, que limitara em 60 horas semanais a carga máxima de trabalho dos padeiros. O caso representou um marco na análise do papel da Constituição norte-americana na economia, com o Tribunal abraçando a ideia de que a Constituição daquele país teria adotado um modelo forte de *laissez faire*. Foi assim que a Corte decidiu que limitar a carga horária de trabalho cerceava a liberdade de contratar de maneira irrazoável, com o que violava a cláusula do devido processo legal substantivo (princípio da razoabilidade). Isto é: não caberia ao Estado, por força da Constituição, regular relações contratuais. Isso seria incompatível com o devido processo legal substantivo, *i.e.* isso seria irrazoável. O caso Lochner, de tão emblemático, deu nome a todo um conjunto de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos entre 1905 a 1937. Um período de forte ativismo judicial de viés liberal. A superação do entendimento veio apenas em 1937, no julgamento de *West Coast Hotel v. Parish* (1937), após significativa tensão institucional para que o New Deal do Presidente Franklin D. Roosevelt (que implicava forte intervenção econômica para o resgate da economia após a crise de 1929) não fosse inviabilizado pela Corte (sobre o tema, v. CYRINO, André, *Direito Constitucional Regulatório*, Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, pp. 72 e seguintes).

²³³ O *New Deal* foi, em linhas gerais, o conjunto de programas de recuperação econômica planejado e implementado na gestão do Presidente Franklin D. Roosevelt logo após a Crise de 1929 (*Great Depression*). Há significativo consenso de que o *New Deal* revolucionou as prioridades dos Estados Unidos, transformando a sua estrutura institucional, o seu sistema político e a sua economia. A propósito, v. SMITH, Jason Scott, *Building New Deal Liberalism: The Political Economy of Public Works-1933-1956*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Destacando a transformação social do *New Deal*, v. SUNSTEIN, Cass. *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. Nova Iorque: Basic Books, 2004.

²³⁴ Para um panorama histórico e crítico sobre a cláusula do devido processo legal no direito administrativo dos EUA, v.: MASHAW, Jerry L. *Due process in the administrative state*. New Haven: Yale University Press, 1986.

notadamente normativas, de entidades da Administração Pública promovidas pelo estatuto intitulado *National Industrial Recovery Act* (NIRA), promulgado em junho de 1933.

No contexto de resgate da indústria após a Grande Depressão econômica, o NIRA autorizou o Presidente a tomar uma série de medidas voltadas à regulação econômica e social. Surgiam novas e controvertidas atribuições normativas. O Congresso franqueara à Chefia do Poder Executivo a capacidade de proibir, em algumas circunstâncias, o transporte relativo ao comércio interestadual e internacional de petróleo e derivados (Seção 9, alínea c)²³⁵, com o intuito de promover a competição²³⁶.

O debate sobre a validade dos novos poderes do Presidente chegou à Suprema Corte em 1934, nos autos do caso *Panama Refining Co. v. Ryan*, o qual foi decidido em janeiro de 1935²³⁷. Em uma breve síntese dos fatos, em 11 de julho de 1933, o Presidente Roosevelt editou *Executive Order*²³⁸ com base nos seus novos poderes, e promoveu limitações ao transporte de petróleo entre Estados, ao mesmo tempo em que delegava poderes à Secretaria de Interior para fazer aplicar as medidas proibitivas, inclusive com a imposição de sanções.

Foi exatamente quanto à aplicação das penalidades previstas que o caso foi levado à revisão judicial. A companhia *Panama Refining*, proprietária de uma refinaria no Texas e produtora de óleo e gás, propôs ação em face de atos de agentes federais que tentavam aplicar Regulamentos editados pelo Secretário de Interior, com base na Seção 9, alínea c, do NIRA. Como causa de pedir, a companhia sustentou a inconstitucionalidade do dispositivo do NIRA, alegando que a delegação feita ao Presidente seria inconstitucional, por violação à separação de Poderes e seu corolário de indelegabilidade.

Após tramitar nas instâncias ordinárias, o caso chegou à Suprema Corte dos EUA. Era a primeira iniciativa do *New Deal* a ser desafiada a este ponto, de modo que o resultado da decisão poderia afetar o programa de recuperação econômica como um todo²³⁹. A questão

²³⁵ Section 9, (c): The President is authorized to prohibit the transportation in interstate and foreign commerce of petroleum and the products thereof produced or withdrawn from storage in excess of the amount permitted to be produced or withdrawn from storage by any State law or valid regulation or order prescribed thereunder, by any board, commission, officer, or other duly authorized agency of a State. Any violation of any order of the President issued under the provisions of this subsection shall be punishable by fine of not to exceed \$1,000, or imprisonment for not to exceed six months, or both.

²³⁶ Refere-se ao denominado “*hot oil program*”, inserido nas provisões do NIRA. A denominação “*hot oil*” se referia ao petróleo ou derivado produzido em violação às normas dos Estados. BARRY, Donald D.; WHITCOMB, Howard R.. *The Legal Foundations of Public Administration*, 3a ed., Lanham: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2005, p. 52.

²³⁷ *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).

²³⁸ Que pode ser traduzido por *decreto*.

²³⁹ HALL, Kermit L., *The Oxford Guide to United States Supreme Court*, Oxford University Press, 2ª Ed., 2009, p. 231.

central era avaliar se a delegação conferida ao Presidente, por meio da Seção 9, alínea *c* do NIRA, constituía ou não uma delegação inconstitucional de poder legislativo, e se as *Executive orders* editadas em sua decorrência seriam inválidas como que por arrastamento. A resposta foi afirmativa.

A Suprema Corte considerou, por maioria²⁴⁰, que, de fato, essa previsão era inconstitucional. A motivação de resgate da economia pós-1929 foi tida por irrelevante em face da regra de indelegabilidade, que rege as relações entre o Executivo, o processo legislativo e o próprio sistema de Governo, como destacou o relator do caso, *Justice Hughes*²⁴¹. Na verdade, a Suprema Corte registrou que a técnica das delegações pode até ser necessária, pois o legislador não tem como prever eventuais situações que ocorrem no âmbito da Administração. Por meio da delegação o Congresso pode conseguir a flexibilidade necessária para o cumprimento de sua função. Todavia, o ato de transferência deve estabelecer padrões (*standards*) a serem observados pelo delegatário²⁴².

Porém, isso não teria acontecido em *Panama Refining*. A norma atacada no caso, decidiu-se, apenas definira o objeto da proibição, sem trazer limites ou *standards* de atuação para o Presidente, e sem diretrizes para pautar as *executive orders*. A crise econômica não poderia ser considerada como um *standard* suficiente. Dessa maneira, o dispositivo foi considerado inconstitucional e os atos dele decorrentes eram inválidos.

No mesmo ano de 1935, quatro meses depois, a Suprema Corte dos EUA declarou inconstitucional outra delegação relacionada ao NIRA. Refere-se ao julgamento de *Schechter Poultry Corp. v. United States*, que discutiu a aplicação e a constitucionalidade da Seção 3 do NIRA especificamente.

Schechter Poultry era uma empresa que atuava no ramo de carnes de aves no atacado. Sua atuação comercial envolvia a compra de aves para revenda em mercados e terminais ferroviários dentro do Estado de Nova York. Esses produtos eram, então, revendidos para comerciantes da cidade de Nova York e em sua respectiva região metropolitana. Em 1934, foi aprovado o “Código de Concorrência” para a indústria de aves de Nova York pelo Presidente Roosevelt, que exerceu a competência que lhe fora atribuída pela Seção 3 do NIRA. O

²⁴⁰ O *Justice Cardozo* proferiu o único voto dissidente.

²⁴¹ “The question is not of the intrinsic importance of the particular statute before us, but of the constitutional processes of legislation which are an essential part of our system of government”. P. 293 U. S. 430.

²⁴² “Congress may lay down its policies and establish its standards and leave to selected instrumentalities the making of subordinate rules, within prescribed limits, and the determination of facts to which the policy, as declared by Congress, shall apply, but the constant recognition of the necessity and validity of such provisions, and the wide range of administrative authority which has been developed by means of them, cannot be allowed to obscure the limitations of the authority to delegate, if our constitutional system is to be maintained. P. 293 U. S. 421”.

dispositivo no NIRA autorizava o Presidente a aprovar este tipo de estatuto (“*Codes of Fair Competition*”) para ramos da indústria²⁴³, o que viabilizou normas que regulavam o salário

²⁴³ CODES OF FAIR COMPETITION

SEC.3. (a) Upon the application to the President by one or more trade or industrial associations or groups the President may approve a code or codes of fair competition for the trade or industry or sub-division thereof, represented by the applicant or applicants, if the President finds (1) that such associations or groups impose no inequitable restrictions on admission to membership therein and are truly representative of such trades or industries or subdivisions thereof, and (2) that such code or codes are not designed to promote monopolies or to eliminate or oppress small enterprises and will not operate to discriminate against them, and will tend to effectuate the policy of this title: Provided, That such code or codes shall not permit monopolies or monopolistic practices : Provided further, That where such code or codes affect the services and welfare of persons engaged in other steps of the economic process, nothing in this section shall deprive such persons of the right to be heard prior to approval by the President of such code or codes. The President may, as a condition of his approval of any such code, impose such conditions (including requirements for the making of reports and the keeping of accounts) for the protection of consumers competitors, employees, and others, and in furtherance of the public interest, and may provide such exceptions to and exemptions from the provisions of such code, as the President in his discretion deems necessary to effectuate the policy herein declared.

(b) After the President shall have approved any such code, the provisions of such code shall be the standards of fair competition for such trade or industry or subdivision thereof. Any violation of such standards in any transaction in or affecting interstate or foreign commerce shall be deemed an unfair method of competition in commerce within the meaning of the Federal Trade Commission Act, as amended; but nothing in this title shall be construed to impair the powers of the Federal Trade Commission under such Act, as amended.

(c) The several district courts of the United States are hereby invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of any code of fair competition approved under this title; and it shall be the duty of the several district attorneys of the United States, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations.

(d) Upon his own motion, or if complaint is made to the President that abuses inimical to the public interest and contrary to the policy herein declared are prevalent in any trade or industry or subdivision thereof, and if no code of fair competition therefor has theretofore been approved by the President, the President, after such public notice and hearing as he shall specify, may prescribe and approve a code of fair competition for such trade or industry or subdivision thereof, which shall have the same effect as a code of fair competition approved by the President under subsection (a) of this section.

(e) On his own motion, or if any labor organization, or any trade or industrial organization, association, or group, which has complied with the provisions of this title, shall make complaint to the President that any article or articles are being imported into the United States in substantial quantities or increasing ratio to domestic production of any competitive article or articles and on such terms or under such conditions as to render ineffective or seriously to endanger the maintenance of any code or agreement under this title, the President may cause an immediate investigation to be made by the United States Tariff Commission, which shall give precedence to investigations under this subsection, and if, after such investigation and such public notice and hearing as he shall specify, the President shall find the existence of such facts, he shall, in order to effectuate the policy of this title, direct that the article or articles concerned shall be permitted entry into the United States only upon such terms and conditions and subject to the payment of such fees and to such limitations in the total quantity which may be imported (in the course of any specified period or periods) as he shall find it necessary to prescribe in order that the entry thereof shall not render or tend to render ineffective any code or agreement made under this title. In order to enforce any limitations imposed on the total quantity of imports, in any specified period or periods, of any article or articles under this subsection, the President may forbid the importation of such article or articles unless the importer shall have first obtained from the Secretary of the Treasury a license pursuant to such regulations as the President may prescribe. Upon information of any action by the President under this subsection the Secretary of the Treasury shall, through the proper officers, permit entry of the article or articles specified only upon such terms and conditions and subject to such fees, to such limitations in the quantity which may be imported, and to such requirements of license, as the President shall have directed. The decision of the President as to facts shall be conclusive. Any condition or limitation of entry under this subsection shall continue in effect until the President shall find and inform the Secretary of the Treasury that the conditions which led to the imposition of such condition or limitation upon entry no longer exists.

(f) When a code of fair competition has been approved or prescribed by the President under this title, any violation of any provision thereof in any transaction in or affecting interstate, or foreign commerce shall be a

mínimo, os preços, o limite de horas trabalhadas por dia e outras regras que seriam vinculantes a setores específicos da economia.

Em decorrência da edição da norma voltada para a indústria de aves, membros da família Schechter, dona da empresa em questão, foram presos e indiciados em sessenta acusações por violar o código – a empresa não teria observado o salário mínimo e o máximo de horas a serem cumpridas pelos trabalhadores, além de ter realizado a venda de frangos impróprios para o consumo. O caso chegou à Suprema Corte, que, novamente, afastou a possibilidade de delegação normativa ao Presidente da República.

Abraçando a *nondelegation doctrine*²⁴⁴, a Suprema Corte, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade da norma. O Tribunal fez questão de reafirmar, como fez no caso *Panama Refining Co. v. Ryan*, que é necessário enfatizar os limites constitucionais do poder do Congresso em delegar competência para o Presidente²⁴⁵. E, partindo de tal premissa, concluiu que a delegação impugnada extrapolou os limites constitucionais ao permitir que a regulação das atividades do comércio fosse feita pelo Executivo. Ao atribuir ao Presidente amplos poderes para assegurar a “concorrência leal”, editando códigos para a indústria, o Congresso não teria estabelecido limites e procedimentos para orientar o Presidente a decidir quais regulações impor perante os diversos setores da indústria²⁴⁶⁻²⁴⁷.

misdeemeanor and upon conviction thereof an offender shall be fined not more than \$500 for each offense and each day such violation continues shall be deemed a separate offense.

²⁴⁴ Também foram ventilados argumentos relativos a questões federativas e a impossibilidade de regulação de comércio local pelo governo federal (interpretação da *commerce clause*).

²⁴⁵ Cass Sunstein, ao analisar o resultado do caso e a decisão da Corte, entendeu que o NIRA fora invalidado como um todo e há quatro pontos críticos a serem analisados na decisão. Primeiro, não havia qualquer baliza ou constrangimento na aprovação dos “códigos” pelo Executivo, com um espaço muito amplo de atuação. Segundo, houve clara delegação de poder público a pessoas privadas. Terceiro, em relação a outros estatutos, não havia previsão de qualquer procedimento de salvaguarda determinado pelo Congresso. Por fim, como quarto ponto, o estatuto, como um todo, acabava cobrindo toda a economia, não apenas um setor, deixando as decisões essenciais a cargo do executivo, sem a limitação do poder legislativo. SUNSTEIN, Cass, *Nondelegation Canons*, John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 82, 2D series, University of Chicago Law School, p. 6. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/files/files/82.CRS_Nondelegation.pdf>, acesso em 10.06.15, às 20:15h. O *paper* foi, posteriormente, publicado como artigo. V. SUNSTEIN, Cass. *Nondelegation Canons*. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 67, n. 2, fev. 2000, pp. 315-343.

²⁴⁶ “Congress cannot delegate legislative power to the President to exercise an unfettered discretion to make whatever laws he thinks may be needed or advisable for the rehabilitation and expansion of trade and industry”. P. 295 U. S. 537.

²⁴⁷ Além disso, esses códigos de conduta consistiam em regras que seriam construídas com base no que os membros representativos da indústria consideravam concorrência leal, conforme determinado pelo Poder Executivo, que entendeu que tais sujeitos estariam mais familiarizados com os problemas da indústria. Em outras palavras, a Seção 3 do NIRA implicou não só delegação ao Presidente, como também uma transferência de capacidades normativas a pessoas privadas.

Diante desse quadro, a Corte entendeu que ao Congresso não é permitido abdicar ou transferir a outros suas essenciais funções legislativas²⁴⁸. A Suprema Corte reconheceu a necessidade da regulação desse setor da indústria alimentícia. Todavia, consignou que, para que se mantivesse a Constituição em vigor, era necessário afastar esse tipo de delegação²⁴⁹. Isto é: quem deveria tomar as decisões fundamentais era o Congresso e não a Administração Pública.

Após *Schechter Poultry Corp. v. United States*, nunca mais a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a invalidade de normas com base na *nondelegation doctrine*. E houve boas ocasiões para isso. A primeira delas foi em 1944, quando a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade de dispositivos legais que transferiram à Administração Pública capacidades normativas para fins de controle de preços. Com efeito, o órgão denominado *Office of Price Administration (OPA)*, por força do *Emergency Price Control Act* de 1942, ganhou capacidades de fixar preços para atingir uma genérica finalidade de controle da inflação durante a II Guerra Mundial. Apesar de a linguagem do estatuto ter conteúdo reconhecidamente aberto, a Suprema Corte validou a transferência de atribuições ao OPA no caso *Yakus v. United States*. Nas palavras do tribunal:

O Congresso aprovou a Lei Emergencial de Controle de Preço (*Emergency Price Control Act*) nos termos de uma política definida, e determinou que os preços fixados pelo Administrador devessem promover essa política em conformidade com os padrões previstos na lei. Os limites do campo de ação permitida ao administrador são previstos pelo estatuto. Ele direciona que os preços fixados deverão efetivar a política declarada da Lei de estabilizar os preços das matérias-primas, de modo a evitar as causas e efeitos perturbadores da inflação dos tempos de guerra. Além disso, os preços estabelecidos devem ser justos e equitativos, e, ao fixá-los, o Administrador é dirigido a dar a devida consideração, na medida do possível, a preços prevaletentes durante o período de base designada, com ajustes administrativos prescritos para compensar os fatores enumerados que afetam os preços. Em suma, os efeitos da Lei especificados no § 1 indicam o objetivo a ser buscado pelo Administrador na fixação dos preços - a prevenção da inflação e as suas consequências enumeradas. Os padrões estabelecidos no § 2 definem os limites dentro dos quais os preços que têm esse efeito devem ser fixados. Isso é suficiente para satisfazer os requisitos legais que o administrador considere que os preços fixados tenderão a atingir esse objetivo e estejam em conformidade com os padrões, e que os tribunais, em um processo adequado, podem ver que a base substancial para essas conclusões não é inadequada²⁵⁰.

²⁴⁸ Segundo a Corte: “A delegation of its legislative authority to trade or industrial associations, empowering them to enact laws for the rehabilitation and expansion of their trades or industries, would be utterly inconsistent with the constitutional prerogatives and duties of Congress”. P. 295 U. S. 537.

²⁴⁹ No original: “Congress may lay down its policies and establish its standards and leave to selected instrumentalities the making of subordinate rules, within prescribed limits, and the determination of facts to which the policy, as declared by Congress, shall apply, but the constant recognition of the necessity and validity of such provisions, and the wide range of administrative authority which has been developed by means of them, cannot be allowed to obscure the limitations of the authority to delegate, if our constitutional system is to be maintained.” P. 293 U. S. 421.

²⁵⁰ *Yakus v. United States* 321 U.S. 414 (1944). No original: “Congress enacted the Emergency Price Control Act in pursuance of a defined policy, and required that the prices fixed by the Administrator should further that

Conforme Jerry Mashaw, embora a Corte tenha feito um grande esforço para distinguir *Yakus* de *Schechter*, a verdade é que a vagueza de linguagem legislativa na transferência de funções era de mesma intensidade (*i.e.*: parâmetros como de preços justos e equitativos não pareciam ser suficientes). Foi assim que, desde então, a Suprema Corte validou diversas delegações legislativas que poderiam ter sido facilmente anuladas com base nas mesmas razões utilizadas em 1935²⁵¹.

Tal postura, se, de um lado, incorpora-se à virada de 1937²⁵², quando a Suprema Corte passou a referendar o New Deal e sepultou a Era *Lochner*, por outro lado, faz surgir a dúvida de saber se a doutrina é ainda viva. Isto é: se ainda vigora nos EUA um princípio de indelegabilidade legislativa a entes administrativos.

John Hart Ely entende que a doutrina teria sido indevidamente morta²⁵³. Tal falecimento teria acontecido por associação. É que a vedação à indelegabilidade foi fortemente ligada à doutrina do devido processo legal substantivo, que serviu aos fins da Era *Lochner*. Com o funeral de *Lochner* em 1937, a *nondelegation doctrine* seguiu acompanhando a mesma sina. Conforme registra Ely, em 1974 o *Justice* Thurgood Marshall deixa clara a percepção de como as duas doutrinas foram relacionadas e caminharam juntas para um destino comum:

A noção de que a Constituição estabelece limites estreitos para que o Congresso delegue autoridade a agências administrativas, o que esteve brevemente em voga na década de 1930, foi virtualmente abandonada pela Corte por todos os efeitos práticos (...) Essa doutrina é certamente tão moribunda quanto aquela do devido processo legal substantivo, da mesma era²⁵⁴.

policy and conform to standards prescribed by the Act. The boundaries of the field of the Administrator's permissible action are marked by the statute. It directs that the prices fixed shall effectuate the declared policy of the Act to stabilize commodity prices so as to prevent wartime inflation and its enumerated disruptive causes and effects. In addition, the prices established must be fair and equitable, and, in fixing them, the Administrator is directed to give due consideration, so far as practicable, to prevailing prices during the designated base period, with prescribed administrative adjustments to compensate for enumerated disturbing factors affecting prices. In short, the purposes of the Act specified in § 1 denote the objective to be sought by the Administrator in fixing prices -- the prevention of inflation and its enumerated consequences. The standards set out in § 2 define the boundaries within which prices having that purpose must be fixed. It is enough to satisfy the statutory requirements that the Administrator finds that the prices fixed will tend to achieve that objective and will conform to those standards, and that the courts, in an appropriate proceeding, can see that substantial basis for those findings is not wanting”.

²⁵¹ MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 135. Mashaw cita como exemplo o caso *Arizona v. California*, julgado em 1963.

²⁵² *West Coast Hotel v. Parish* (1937).

²⁵³ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 133.

²⁵⁴ *Federal Power Commission v. New England Power Co. v. New England Power Co.*, 415 U.S. 345 (1974).

Ely defende, então, que a doutrina ganhe novo significado: que ela garanta que os legisladores não fujam de suas responsabilidades. Se, para eles, é mais fácil evitar as questões difíceis, é preciso que o Poder Judiciário determine um comportamento diverso. Essa é a razão de ser de uma doutrina de indelegabilidade, que, para o autor, deve ser aplicada – é importante destacar – não como um comando de detalhamento legislativo. Mas como uma ordem para que o Parlamento delibere e indique uma direção mais clara do que deve ser feito pelos órgãos administrativos²⁵⁵.

A proposta de J. H. Ely é a tentativa de fazer valer, efetivamente, a ideia de que o legislador, mesmo podendo transferir capacidades normativas à Administração Pública, sempre estabeleça *standards*, ou *intelligible principles* (princípios inteligíveis), como sublinhado, mais recentemente, em *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, julgado em 2001²⁵⁶. Isto é: o legislador precisa dizer mais. Ele deve indicar melhor o que pretende. O problema, é claro, será definir o *quanto* de especificidade é suficiente.

Eric Posner e Adrian Vermeule²⁵⁷, após identificarem o grande número de significados que tomou conta do debate sobre o tema, sugerem que a *nondelegation doctrine* não tem sentido jurídico. Para esses autores, ela não possui fundamento normativo constitucional claro, carece de base histórica efetiva, caiu em desuso na jurisprudência da Suprema Corte, e não é passível de uma defesa convincente, quer pela teoria democrática, quer pela ciência política (doutrinas de *public choice*). Por isso, recomendam que as Cortes reconheçam que a doutrina está, simplesmente, morta²⁵⁸, e que as chamadas *delegações* nada mais são que regular exercício de Poder Executivo autorizado pela Constituição, que determina ao Presidente que este garanta a aplicação fiel das leis (Art. II, seção 3²⁵⁹).

A perspectiva de Eric Posner e Adrian Vermeule pode ser, ainda, reforçada pela denominada doutrina Chevron, fruto do julgamento, em 1984, de *Chevron v. Natural Resources Defense Council Inc.*, o julgamento mais citado no Direito Administrativo norte-americano²⁶⁰. Em tal caso, a Suprema Corte apreciou a validade de normas de 1977 que alteraram o *Clean Air Act*, para transferir capacidade decisória (inclusive normativa) à agência

²⁵⁵ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, pp. 133-134.

²⁵⁶ V., também, *National Cable Television Association v. United States*, 415 U.S. 336 (1974).

²⁵⁷ POSNER, Eric e VERMEULE, Adrian. “Interring the nondelegation doctrine”, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, nº 4, 2002, pp. 1721-1762.

²⁵⁸ POSNER, Eric e VERMEULE, Adrian. “Interring the nondelegation doctrine”, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, nº 4, 2002, p. 1762.

²⁵⁹ Conforme a letra do dispositivo, o Presidente “shall take Care that the Laws be faithfully executed”.

²⁶⁰ MERRILL, Thomas. “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, in *Administrative Law Stories*, org. Peter Strauss, Nova York: Foundation Press, 2006, p. 399.

reguladora ambiental dos EUA (*Environmental Protection Agency – EPA*). O objetivo da alteração era buscar superar o fracasso de Estados que falharam na implementação dos padrões de qualidade do ar definidos pela EPA. Assim, a nova regra determinou que os Estados estabelecessem programa de outorga de licenças direcionado a fontes estacionárias de poluição do ar (“*new or modified major stationary sources of air pollution*”), com o pressuposto de que referida outorga não poderia ocorrer para uma fonte estacionária nova ou modificada a não ser que diversas condições rigorosas fossem preenchidas.

Com o fito de implementar tais condições de licenciamento, o regulamento do EPA autorizou os Estados a adotarem uma definição global de fonte estacionária de poluição (que ficou conhecido como *the bubble concept*). As regras anteriores pressupunham uma definição individual de cada uma das fontes estacionárias. Isto é: numa determinada fábrica, *e.g.*, qualquer equipamento poluente da planta era considerada uma fonte própria e dependia de licenciamento individual. Com a mudança, aplicando-se a ideia de fonte global, o licenciamento tornou-se mais simples, pois ele abrangeria o total de poluentes emitidos, de modo que o licenciamento de atividades poluidoras seria automático, se não houvesse incremento do total das emissões. A lógica, portanto, foi a de permitir ações de autocompensação ambiental em cada indústria²⁶¹

A modificação não agradou alguns grupos de proteção ambiental. Tal foi o caso do *Natural Resources Defense Council (NRDC)*, que levou a questão ao juízo competente. O ponto central era saber se o conceito de bolha e compensações ambientais dentro da mesma indústria fundaram-se em aplicação razoável do conceito legal de “fonte estacionária”. A Suprema Corte entendeu que sim. Mais que isso. Criou-se um teste de revisão das decisões das agências reguladoras, o chamado “*Chevron two-step test*” (*teste Chevron dos dois passos*). O *primeiro passo*: as Cortes deverão utilizar as ferramentas tradicionais de interpretação, buscando verificar a verdadeira intenção legislativa. Se a norma legislativa for clara, a Corte poderá controlar a interpretação dada pela agência. Todavia, se não existir tal clareza, isto é, havendo um espaço para a atuação da agência avança-se para um *segundo passo*: a Corte deverá verificar se a norma da agência reguladora foi uma construção regulatória autorizada pelo ato legislativo a partir de critérios de razoabilidade, que orientam, na prática, para uma maior deferência judicial às decisões das agências²⁶². Segundo os

²⁶¹ BREYER, Stephen G.; *et al. Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. 6. ed., [S.l.]: Aspen Publishers, 2006, p. 252.

²⁶² Para uma exposição didática da doutrina Chevron e suas implicações para o direito administrativo norte-americano, v. MERRILL, Thomas. “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, *in Administrative Law Stories*, org. Peter Strauss, Nova York: Foundation Press, 2006, pp. 398-428.

parâmetros da doutrina Chevron, as agências têm amplo espaço de deliberação em matérias deixadas em aberto²⁶³.

Chevron é tido como um comando de deferência em relação à Administração Pública. Se não houve decisão clara pelo legislador, houve delegação²⁶⁴ e os juízes devem ser deferentes à interpretação administrativa²⁶⁵. Trata-se, assim, de uma enfática aceitação das delegações legislativas. Para alguns autores, a decisão implicou agressão à separação de poderes e à doutrina da indelegabilidade²⁶⁶. A *nondelegation doctrine* estaria sendo violentada diante *Chevron*, que teria transferido a *accountability* do Congresso para a *accountability* presidencial²⁶⁷.

É assim que, em sentido diametralmente oposto àquele dos defensores do sepultamento da *nondelegation doctrine*, há autores que argumentam que a doutrina ainda vigora. Mais que isso, que ela deve ser efetivamente aplicada, para que se garanta o funcionamento da democracia representativa estadunidense. Tal corrente sustenta que a retomada da *nondelegation doctrine* reequilibrará a balança de poderes almejada pelos arquitetos da Constituição dos EUA²⁶⁸. Nesse sentido, David Schoenbrod advoga uma apaixonada ressurreição da doutrina, que deverá garantir, via Poder Judiciário, que o

²⁶³ Nas palavras do Justice Stevens: “(...) First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well, as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction in the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute.” (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984)).

²⁶⁴ Conforme decidido: “*If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency*”. (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984))

²⁶⁵ Cass Sunstein, ao criticar *Chevron* em artigo publicado em 1987, sustenta que a Suprema Corte não foi precisa ao não diferenciar ambiguidades das delegações legislativas. Em caso de delegação faria sentido falar-se em deferência. Todavia, o mesmo não aconteceria na hipótese de ambiguidade, em que “uma investigação judicial independente é necessária para controlar a interpretação que a agência deu a lei” (SUNSTEIN, Cass R. O Constitucionalismo após o The New Deal. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 166-167).

²⁶⁶ FARINA, Cynthia R.. "Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State", in *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989, pp. 452-528.

²⁶⁷ SCHOENBROD, David. *Power Without Responsibility. How Congress Abuses the People through Delegation*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 105. Para o Professor Schoenbrod, o equívoco desse discurso é o de que a *accountability* presidencial, embora importante, deve acontecer em conjunto com a *accountability* do Congresso (*op. e loc. cit.*).

²⁶⁸ HAMILTON, Marci A., “Representation and Nondelegation: Back to Basics”, in *Cardozo Law Review*, vol. 20, 1998-1999, p.

Congresso faça o seu trabalho e que se mantenha responsável perante o povo que o elegeu²⁶⁹. Para o Professor Schoenbrod, “*com a bênção da Suprema Corte, o Congresso transformou sua responsabilidade pelas leis, que deixou de seu um direito dos eleitores e passou a ser uma opção dos legisladores*”²⁷⁰. Mais ainda: por meio da delegação, legisladores distorcem sua própria *accountability*, evitando escolhas difíceis e afastando a responsabilidade política pelas mesmas²⁷¹. É nessa toada que há quem sustente, simples e diretamente, que o Estado Administrativo fundado em delegações legislativas²⁷² seria inconstitucional²⁷³. Daí a batalha em torno da reintrodução e contundente aplicação da doutrina da indelegabilidade, imprescindível para o exercício legítimo do poder.

No meio do caminho, há literatura que argui que a doutrina ainda respira. Porém, possui significado distinto daquele inspirado numa separação de Poderes rígida e incompatível com a complexidade do Estado regulador. Cass Sunstein, nesse sentido, afirma que “*a doutrina da indelegabilidade está viva e passa bem. Ela foi realocada, não abandonada*”²⁷⁴. Para o autor, a doutrina da indelegabilidade foi desdobrada numa série de cânones pontuais. Nesse sentido, não há uma prática deliberada de invalidação de estatutos, o

²⁶⁹ V. SCHOENBROD, David. *Power Without Responsibility. How Congress Abuses the People through Delegation*. New Haven: Yale University Press, 1993. V., ainda, com foco nas delegações no âmbito do direito ambiental, do mesmo autor: SCHOENBROD, David. *Saving Our Environment from Washington: How Congress Grabs Power, Shirks Responsibility, and Shortchanges the People*, 2006. A obra de David Schoenbrod é um tratado de defesa da *nondelegation doctrine*, e vem sofrendo inúmeras críticas e ensejando rico debate (v., por exemplo, MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997, pp. 139-140, sustentando que as delegações não agridem a democracia; e SCHUCK, Peter. “Delegation and democracy: comments on David Schoenbrod”, in *Cardozo Law Review* vol. 20, 1998-1999, pp.775-793).

Para análise da resposta do próprio autor aos seus críticos, v. SCHOENBROD, David. “Delegation and democracy: a reply to my critics”, in *Cardozo Law Review* vol. 20, 1998-1999, pp. 741-766.

²⁷⁰ SCHOENBROD, David. “Delegation and democracy: a reply to my critics”, in *Cardozo Law Review* vol. 20, p. 740.

²⁷¹ Para David Schoenbrod, os legisladores tem o dever constitucional de se responsabilizarem tanto pelos custos, quanto pelos benefícios decorrentes das novas leis (SCHOENBROD, David. “Delegation and democracy: a reply to my critics”, in *Cardozo Law Review* vol. 20, p. 740). V., ainda, LOWI, Theodore J.. “Two roads to serfdom: liberalism, conservatism, and Administrative Power”, in *American University Law Review*, vol. 36, 1987, pp. 295-322

²⁷² LAWSON, Garry. “The rise and rise of the Administrative State”, in *Harvard Law Review*, vol. 107, 1994, nº 6, 1994, pp. 1231-1254. Em suas palavras: “The United States Congress today effectively exercises general legislative powers, in contravention of the constitutional principle of limited powers. Moreover, Congress frequently delegates that general legislative authority to administrative agencies, in contravention of Article I. Furthermore, those agencies are not always subject to the direct control of the President, in contravention of Article II. In addition, those agencies sometimes exercise the judicial power, in contravention of Article III. Finally, those agencies typically concentrate legislative, executive, and judicial functions in the same institution, in simultaneous contravention of Articles I, II, and III.” (*op. cit.*, p. 1233.

²⁷³ Para uma defesa firme e abrangente da inconstitucionalidade do Direito Administrativo dos EUA, v. HAMBURGER, Philip. *Is administrative law unlawful?* Chicago, University of Chicago Press, 2014.

²⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 138.

que poderia inviabilizar políticas públicas. O que há, por parte do Poder Judiciário, é o reconhecimento de que certas matérias somente poderão ser tratadas pela Administração Pública quando o Congresso efetiva e claramente autorizar isso, notadamente quando direitos e interesses fundamentais estão em jogo.²⁷⁵

Há boas razões para concordar com Cass Sunstein. *Primeiro*, porque os precedentes de 1935 nunca foram efetivamente superados (*i.e.*, não houve *overruling*²⁷⁶). *Segundo*, porque a própria Suprema Corte já debateu sobre a incidência da doutrina em outros casos, embora tenha decidido por não aplicá-la²⁷⁷. *Terceiro*, porque a denominada doutrina Chevron, embora possa ser considerada a “*quintessência dos parâmetros pro-delegações*”²⁷⁸, na verdade, limita

²⁷⁵ Em suas palavras: “Ao invés de invalidarem legislação federal por ser excessivamente vaga e aberta, as Cortes dizem que agências administrativas não devem tratar de certas atividades controvertidas salvo e até que o Congresso expressamente autorize isso. Quando direitos e interesses fundamentais estão em jogo, as escolhas necessariamente devem ser feitas no âmbito do Poder Legislativo. De uma maneira técnica, as decisões chaves são fundadas não na doutrina da indelegabilidade, mas em certos ‘cânones’ de sua construção”. SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 138.

²⁷⁶ O Tribunal, quando revoga integralmente um precedente, caracteriza o chamado *overruling* – uma das formas de superação de precedentes judiciais na doutrina do *common law*. MELLO, Patrícia Perrone Campos, *Precedentes – O desenvolvimento judicial o constitucionalismo contemporâneo*, Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, pp. 234-235.

²⁷⁷ A propósito, são dignos de menção dois julgados dos anos 1980. São eles: (i) o caso *Industrial Union Dept. v. American Petroleum Institute*, julgado em 1980, em que o *Justice Rehnquist*, em voto vencido, sustentou que a hipótese, relativa à delegação de funções normativas ao *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) envolvia uma delegação legislativa inconstitucional; bem como, (ii) *Mistretta v. United States*, julgado em 1989, oportunidade em que o *Justice Scalia*, também vencido, votou no sentido de que a atribuição de função normativa a órgão administrativo do Poder Judiciário para definição de diretrizes para prolação de sentenças era inconstitucional, por violar a *nondelegation doctrine*.

Em *Industrial Union Dept. v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980), o Instituto de Petróleo Americano (The American Petroleum Institute) e outros, teriam violado a regulação feita pela OSHA, a qual havia reduzido de maneira expressiva a permissão de exposição ao benzeno durante a jornada de trabalho. O caso, por isso, é referido na doutrina Americana como “Benzene Case”. A questão da não-delegação não foi explorada no voto do relator ou no voto da maioria, que se centrou em definir se o risco considerado pela OSHA era suficiente para estabelecer a limitação de exposição ao benzeno. Foi o voto dissidente do *Justice Rehnquist* que ventilou a questão, entendendo que ao buscar o alcance de um ambiente de trabalho sem riscos, o legislativo acabou por delegar a competência de maneira ilimitada e fugir do seu papel de realizar escolhas importantes e relevantes do ponto de vista democrático. Em interessante passagem de seu voto, o *Justice Rehnquist* diz que “It is the hard choices, and not the filling in of the blanks, which must be made by the elected representatives of the people. When fundamental policy decisions underlying important legislation about to be enacted are to be made, the buck stops with Congress (...)”.

Em *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989), o Congresso havia aprovado o *Sentencing Reform Act of 1984*, a fim de resolver a disparidade generalizada no que concerne a punição em casos criminais nos Estados Unidos. A Lei criou o *United States Sentencing Commission* que teria a competência de definir e elaborar diretrizes para as sentenças. John M. Mistretta arguiu, com base nisto, que se tratava de uma delegação inconstitucional. Foi aplicado pela corte o “*intelligible principle test*” e, no caso, a delegação foi considerada constitucional. Para tanto, o relator, *Justice Blackmun*, anotou que a delegação legislativa é possível em determinadas situações e, no caso, foi realizada de maneira específica e detalhada, com padrões definidos claramente pelo Congresso. Nas suas palavras, a delegação é “*constitutionally sufficient if Congress clearly delineates the general policy, the public agency which it to apply it, and the boundaries of this delegated authority (...)*”.

²⁷⁸ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 147.

sua incidência às relações entre a Administração Pública e as Cortes. Conforme Cass Sunstein²⁷⁹, se *Chevron* amplia a liberdade administrativa por implicar um comando de deferência, em nenhum momento *Chevron* discutiu em que casos a legislação deve, ou não, ser detalhada ou precisa. O precedente apenas reconhece que, se houver ambiguidade, prefere-se a decisão administrativa. Isso não impede que os tribunais invalidem delegações se entenderem que, em certos casos, a ambiguidade levar a resultados indevidos²⁸⁰.

Nada obstante a permanência dessas ideias, conforme destacado por Cass Sunstein, não se trata de fazer valer a *nondelegation doctrine* na magnitude pretendida por autores como David Schoenbrod. Até mesmo porque, tal visão seria capaz, primeiro, de amplificar fortemente o papel do Poder Judiciário. Uma doutrina de indelegabilidade forte implica magistrados muito mais atuantes na supervisão do funcionamento do Poder Legislativo, trazendo os mesmos riscos democráticos que a *nondelegation doctrine* se propõe a afastar. Ao invés de Administradores agindo sem mandato e sem processos deliberativos, teremos juízes não eleitos gerindo o Estado²⁸¹. Além disso, uma excessiva doutrina de indelegabilidade dificultaria (ou mesmo inviabilizaria) o Estado contemporâneo, em suas inúmeras obrigações regulatórias e prestacionais²⁸².

Por conta disso, o que Cass Sunstein propõe²⁸³ é que a *nondelegation doctrine* sirva como um guia geral de cânones interpretativos voltados à proteção de importantes direitos e interesses. Inclusive aqueles usados como justificativa da doutrina. Tais cânones possuem três principais categorias: (i) alguns são inspirados na Constituição; (ii) outros relacionam-se a questões de soberania; e (iii) outros possuem suas bases em teorias de políticas públicas. A ideia de Sunstein é a de que o Parlamento, com a sua multiplicidade de vozes, deve explicitamente autorizar alguns tipos de transferência de poderes a outros entes. Vale dizer: não se trata da inviabilização *tout court* de algumas formas de delegação, mas da necessidade de se exigir do Congresso uma deliberação explícita nesse sentido.

²⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 147.

²⁸⁰ Por exemplo: a Suprema Corte dos EUA, mesmo sem se referir à doutrina da indelegabilidade, consignou que a capacidade regulatória de uma agência reguladora é limitada e não pode abranger, de forma geral, a capacidade de promulgar normas retroativas, salvo se isso for expressamente explicitado pela dicção legal. Trata-se do caso *Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.*, 488 U.S. 204 (1988), exemplo citado por Cass Sunstein para explicar seu ponto.

²⁸¹ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 142.

²⁸² SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 142.

²⁸³ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 147-151.

Não é possível, em ilustração a merecer destaque, que o Congresso deixe ampla margem de discricionariedade para o Poder Executivo em questões constitucionais sensíveis. Ele precisa tomar decisões claras. É o que se exige, por exemplo, na tipificação penal. “*O direito penal deve ser um produto de um julgamento claro do Parlamento*”²⁸⁴. O Poder Legislativo não está autorizado a ser ambíguo. E se for, aplica-se a regra interpretativa *in dubio pro reo*. O mesmo é válido para a aplicação retroativa de questões administrativas. Não há retroatividade. Salvo, se o Congresso efetivamente disser isso²⁸⁵.

Nesse sentido, Sunstein sugere que os cânones interpretativos, ressalvados casos extremos²⁸⁶, sejam tidos “*não como barreiras, mas como catalizadores que promovam a democracia autorizando a atuação do governo apenas quando forem utilizados certos canais. O esforço é de criar gatilhos ao processo democrático (no sentido legislativo) e garantir formas de deliberação, e negociação, as quais são típicas de certas arenas*”²⁸⁷. Em outras palavras, uma doutrina da indelegabilidade, se tomada com cuidado, pode ser um instrumento capaz de aperfeiçoar o funcionamento da democracia. Para isso, porém, é preciso que a questão sobre o quanto de especificação e detalhamento por parte do legislador seja tida não como uma questão quantitativa, mas qualitativa²⁸⁸.

1.2.3 As delegações e a doutrina da indelegabilidade no Brasil.

Não há na Constituição de 1988, como existia na Carta que lhe antecedeu²⁸⁹, dicção literal no sentido de que as delegações tenham sido banidas do direito público brasileiro²⁹⁰.

²⁸⁴ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 149.

²⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 149.

²⁸⁶ “Eu não estou dizendo que a doutrina da indelegabilidade convencional não mereça um lugar no direito federal. Nos casos mais extremos, invalidação judicial é apropriada” SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 146. Sunstein não explicita que casos seriam esses. Todavia, em nota de final de texto, registra o caso nazista como ilustração de abdicação indevida de poderes normativos pelo Congresso a Hitler (v. nota 13, p. 254). Sunstein registra que o Direito Constitucional da África do Sul também concorda com um princípio de indelegabilidade, pelo menos em casos extremos. A propósito, ver o caso *Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, julgado em 1995 pela Suprema Corte daquele país.

²⁸⁷ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 151.

²⁸⁸ A ideia de Sunstein não é a de que as Cortes avaliem a difícil questão se o legislador disse menos do que deveria. Ao invés disso, o Poder Judiciário deve perguntar algo mais simples como “se o administrador recebeu discricionariedade para decidir assuntos que apenas o legislador poderia decidir. Em outras palavras, as Cortes devem fazer perguntas sobre a matéria, não sobre o grau [de detalhamento]” SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 152.

²⁸⁹ É até surpreendente que a Carta de 1969 possuísse regra nesse sentido. Mas é fato que o seu art. 6º, parágrafo único estabelecia que: “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar

Todavia, já se disse, existe significativa doutrina a propugnar que vigora entre nós um comando normativo de indelegabilidade²⁹¹. Ele decorre, como anunciado, do princípio da legalidade (art. 5º, II; e art. 37, *caput*, CRFB), da cláusula do Estado de Direito (art. 1º, CRFB), da separação de Poderes (art. 2º, CRFB), e do art. 25, ADCT. Ele também se baseia na previsão constitucional das leis delegadas (art. 68), a qual, *a contrario sensu* excluiria outras formas de delegação.

De um modo geral, põe-se uma carga negativa muito grande no uso da palavra delegação. Os anos de ditadura e de Administração Pública autoritária são uma explicação para tal postura, o que acabou se refletindo no art. 25, ADCT. O constituinte quis fortalecer o Congresso²⁹², e um dos caminhos tomados foi o de desfazer as delegações pretéritas.

atribuições; quem fôr investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.” O texto é praticamente idêntico ao da Carta de 1967, que estabelecia (também no art. 6º, parágrafo único que: “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

²⁹⁰ A primeira Constituição a ter regra expressa e direta nesse sentido foi a de 1934, que, após estabelecer o modelo de tripartição de Poderes no *caput* do art. 3º, fixou no § 1º do mesmo dispositivo ser “vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições”. Texto semelhante só não constou das Constituições de 1824, 1891 e 1937, embora haja registros de acolhimento da ideia desde o século XIX, como se pode ver, por exemplo, na concepção de poder regulamentar de José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, para quem os “regulamentos são pois atos do poder Executivo, disposições gerais revestidas de certas formas, mandadas observar por decreto imperial, que determinam os detalhes, os meios, as providências necessárias para que as leis tenham fácil execução em toda a extensão do Estado. São instruções metódicas circunscritas, e não arbitrárias, que não podem contrariar o texto, nem as deduções lógicas da lei, que devem proceder de acordo com os seus preceitos e consequências, que não têm por fim senão empregar os expedientes acidentais e variáveis, precisos para remover as dificuldades e facilitar a observância das normas legais. São medidas que regulam a própria ação do poder Executivo, de seus agentes, dos executores, no desempenho de sua missão; são atos, não de legislação, sim de pura execução e dominados pela lei” (PIMENTA BUENO, José Antônio, “Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império”, in *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*, org. por Eduardo Kugelmas, São Paulo: Editora 34, 2002, p. 316).

²⁹¹ V., por todos, CLÈVE. Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 338; e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Atos administrativos normativos: algumas questões”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 229.

²⁹² Os debates constituintes refletiram de modo contundente a preocupação em relação a conter o Poder Executivo, especialmente levando em conta a experiência do regime autoritário pós-1964. A Comissão da Organização de Poderes, em especial, a subcomissão do Poder Executivo, foi palco de debates sobre a necessidade de limitação das competências do Poder Executivo, notadamente quanto à edição dos antigos Decretos-lei e na previsão da modalidade de lei delegada. Em destaque, veja-se comentário de Josaphat Marinho, o qual sintetiza parte das discussões: “Todos os outros poderes a serem conferidos ao Executivo, os de caráter político como os de caráter econômico-financeiro, hão de ser, igualmente, delineados com segurança, para evitar que o Poder Executivo tenha preponderância demasiada no mecanismo do Estado. Para tanto, mim parece (sic) que a Assembleia Constituinte deveria eliminar o decreto-lei, suprimi-lo, ou melhor não renovar o Poder do Executivo de baixar decretos-leis. A experiência brasileira parece-me que assim aconselha. Dir-se-á que há casos em que o poder Executivo precisa adotar medidas urgentes na linha do interesse público. Mas se a lei delegada é prevista, e se prazos são estabelecida para a deliberação legislativa, tudo se pode obter em prazo razoável sem a necessidade do decreto-lei. O que ocorre no Brasil é que a legislação delegada pouco foi posta em prática. Mesmo governos ditatoriais militares não se quiseram valer da prática da legislação delegada. A nova Constituição poderia estabelecer a forma da lei delegada do modo mais flexível, que substituísse a necessidade do decreto-lei.” Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões). Comissão da Organização de Poderes Subcomissão do Poder Executivo, pp. 96-97. Disponível em

Por conta disso, tanto a literatura especializada, quanto a jurisprudência fazem um esforço conceitual para diferenciar casos em que se teria uma delegação normativa indevida e outros casos em que se tem regular exercício de poder regulamentar. Assim, pode-se dizer que a teoria da indelegabilidade brasileira mistura-se com a teoria do regulamento, que vem acompanhada de certa aversão aos denominados *regulamentos delegados* ou *autorizados*, figuras inconcebíveis perante a Constituição.

Em termos práticos, todavia, o que se percebe é que, quando se pretende insuflar de validade um dado exercício de poder normativo externo ao Poder Legislativo, argumenta-se que ele é fruto do legítimo exercício do poder regulamentar. Da capacidade que possui a Administração Pública de criar normas secundárias para a fiel execução de leis; hipóteses em que se está diante de atividade de aplicação do direito e não de criação. Por outro lado, quando se almeja rejeitar e invalidar tais regulamentos, diz-se que os mesmos ocorrem no âmbito de uma delegação indevida²⁹³. De uma atribuição normativa inconstitucional. Em geral, há argumentos fortes dos dois lados, o que mostra a complexidade da questão²⁹⁴.

Dizer simplesmente que a delegação não se confunde com exercício de poder regulamentar não ajuda. É preciso modificar essa forma de entender a questão, e enfrentar delegações e regulamentos como técnicas de transferência de capacidades normativas, e que, portanto, devem ser estudados em conjunto.

Pois bem. Neste capítulo exporemos o entendimento convencional sobre as delegações no direito brasileiro. Primeiro será examinado o instituto da lei delegada. Depois, será apresentada a teoria corrente sobre o poder regulamentar, inclusive com tratamento do tema dos regulamentos autônomos, cuja lógica subjacente também se relaciona com a antipatia às

<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3b%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DO%20PODER%20EXECUTIVO.pdf>, acesso em 04.11.2015.

²⁹³ Como já registrado na introdução, Caio Tácito ilustra essa perspectiva. Em trabalho clássico sobre o tema, Caio Tácito afirma, primeiro, que: “Não há delegação de poderes quando o legislador, traçando *standards* ou paradigmas, transfere ao ato regulamentar a concretude de seu comando, atento à flexibilidade necessária à finalidade da lei”; para depois dizer que “regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar” (TÁCITO, Caio. “Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar”, in *Temas de direito público: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, tomo 2, p. 1079).

²⁹⁴ Juliana Bonacorsi de Palma, após traçar a evolução do pensamento do direito público brasileiro desde a Constituição do Império, indica que não há (nem nunca houve) uma teoria clara de regulamentos no direito brasileiro, de modo que, mais importante que definir onde começa e onde termina a capacidade regulamentar, é buscar procedimentos capazes de legitimá-la (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, pp. 34-105). Embora concordemos que a processualidade seja instrumento fundamental no exercício de qualquer atividade administrativa, não nos parece que se deva abandonar o estudo sobre os limites e possibilidades dos regulamentos, como será explorado na terceira parte.

delegações. O objetivo é demonstrar que a defesa de uma distinção forte entre delegação e regulamento baseia-se num sofisma que merece ser desfeito, conforme será retomado na Terceira Parte.

Reitere-se uma ressalva importante. Não discorreremos sobre o instituto da medida provisória, a despeito de tal figura ser vista, no âmbito da ciência política, como espécie de delegação normativa. Embora ambos os institutos envolvam o diálogo institucional entre Poder Executivo e Poder Legislativo, o que implicará a abordagem comparativa entre os temas – notadamente na segunda parte – fazemos aqui de uma opção de aprofundamento do fenômeno específico das transferências normativas feitas por opção direta do legislador, o que envolve as leis delegadas e o debate em torno dos regulamentos.

III.3.1 A lei delegada. A única delegação legítima no Brasil?

As leis delegadas, que encontram institutos similares ao redor do mundo,²⁹⁵ decorrem de construção recente na história constitucional brasileira. Ainda na Constituição de 1934, como mencionado, era peremptória a vedação do exercício de qualquer poder normativo ao Poder Executivo por força de redação expressa em seu art. 3º, §1º.²⁹⁶ A possibilidade textual de delegação legislativa, de forma similar ao que desenhou o art. 68 da Constituição de 1988, apenas surgiu após a edição da Emenda Constitucional nº 4, de 1961, que permitiu tal forma de transferência no art. 22, parágrafo único da Constituição vigente,²⁹⁷ ao passo em que revogava o princípio da indelegabilidade absoluta das atribuições orgânicas.²⁹⁸

A criação do instituto denominado “*lei delegada*”, todavia, só se deu com a Constituição de 1967. A espécie legislativa foi prevista em seu art. 49, IV²⁹⁹ e regulamentada

²⁹⁵ Diversas outras Constituições preveem figuras similares, seja em sistemas presidencialistas ou parlamentaristas. V., *e.g.*, a Constituição de Portugal (arts. 161º, d, 165º, 2 a 5, e 198º), a Constituição da Alemanha (art. 80), a Constituição da França (art. 38), a Constituição da Espanha (art. 82), a Constituição do Chile (art. 61), a Constituição da Argentina (art. 76) e a Constituição do Uruguai (art. 68, 7º).

²⁹⁶ Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

§ 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições.

²⁹⁷ Art. 22. Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de govêrno ora instituído, mediante leis votadas, nas duas casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros.

Parágrafo único. A legislação delegada poderá ser admitida por lei votada na forma dêste artigo.

²⁹⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. p. 131.

²⁹⁹ Art 49 - O processo legislativo compreende a elaboração de: (...)

IV - leis delegadas;

em seus arts. 55 a 57,³⁰⁰ os quais foram posteriormente replicados pelos artigos 52 a 54 da Emenda Constitucional nº 1/1969. À época, as leis delegadas podiam ser editadas não só pelo Presidente da República, mas também pelas Comissões do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas Legislativas – a denominada delegação interna³⁰¹ ou “*intra-órgão*”³⁰².

A Constituição de 1988 dispôs sobre a lei delegada em seu art. 68. O constituinte autorizou a edição do referido instrumento normativo apenas ao Presidente da República, excluindo-a do âmbito de atuação das Comissões das Casas Legislativas. Ademais, repetiu-se um modelo de vedações às delegações de maneira similar ao que fora previsto nas Constituições anteriores³⁰³.

Da mesma forma como ocorria nas Cartas de 1967 e 1969, a delegação ao Presidente da República se dará por meio de resolução editada do Congresso Nacional, a qual especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício (art. 68, §2º). Tal decreto legislativo será editado mediante solicitação pelo Presidente da República, cujo deferimento pela delegação terá caráter discricionário. Caberá ao Poder Legislativo aprovar ou não a solicitação Presidencial por motivações políticas próprias³⁰⁴.

Não se trata de uma entrega em branco de competência, mas de uma via normativa surgida a requerimento da Chefia do Poder Executivo a ser limitada e controlada pelo

³⁰⁰ Art 55 - As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas.

Parágrafo único - Não poderão ser objeto de delegação os atos da competência exclusiva do Congresso Nacional, bem assim os da competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a legislação sobre:

I - a organização dos Juízos e Tribunais e as garantias da magistratura;

II - a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos, o direito eleitoral, o direito civil e o direito penal;

III - o sistema monetário e o de medidas.

Art 56 - No caso de delegação à Comissão Especial, regulada no regimento do Congresso Nacional, o projeto aprovado será enviado à sanção, salvo se, no prazo de dez dias da sua publicação, a maioria dos membros da Comissão ou um quinto da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal requerer a sua votação pelo Plenário.

Art 57 - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará o seu conteúdo e os termos para o seu exercício.

Parágrafo único - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 319.

³⁰² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 139.

³⁰³ Segundo o §1º do art. 68 da CRFB/88, não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre (i) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (ii) nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; e (iii) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

³⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 834.

legislador. Uma vez delegado, o decreto legislativo delimitará o escopo da atuação do Poder Executivo, podendo, ainda, determinar a apreciação do projeto já pronto em votação única do Poder Legislativo, vedada qualquer emenda ao que for apresentado pelo Poder Executivo (art. 68, §2º)³⁰⁵. Ainda que não seja prevista a votação da lei delegada pelo Congresso Nacional – caso em que caberá ao Presidente simplesmente promulgar o ato legislativo –, cabe ao Poder Legislativo, ainda, a providência de sustar o ato normativo do Poder Executivo que exorbite dos limites de sua delegação legislativa, por força expressa do art. 49, V, CRFB.³⁰⁶

A finalidade óbvia dessa forma direta de delegação legislativa é ampliar, excepcionalmente, o poder normativo da Administração Pública pela via singular³⁰⁷. Diante de seu caráter extraordinário, as delegações legislativas que confirmam poder normativo ao Poder Executivo só seriam admitidas nos casos estritamente estabelecidos pelo constituinte originário.³⁰⁸ Daí porque seria necessária a instituição de uma espécie legislativa própria para a delegação legal de poder normativo primário ao Poder Executivo³⁰⁹ – pois somente a própria Constituição poderia excepcionar sua regra geral de indelegabilidade absoluta.

Como já mencionado, segundo o entendimento liderado por Celso Antônio Bandeira de Mello, a existência do instituto da lei delegada seria a prova cabal de que a indelegabilidade da produção de normas é a regra no direito brasileiro. Toda atividade normativa do Poder Executivo por meio de atos próprios seria fruto de uma delegação disfarçada e inconstitucional, tornando, pois, letra morta o disposto no art. 68 da Constituição

³⁰⁵ O rito das leis delegadas encontra-se regulamentado pelo Regimento Comum do Congresso Nacional em seus arts. 116 a 127, o qual foi resumido por José Afonso da Silva: “*O Presidente da República elabora um projeto de lei delegada e o encaminha ao Congresso Nacional solicitando a delegação. Este elabora uma resolução que poderá conceder a delegação, nos termos do projeto ou com as modificações que sugerir, ou poderá determinar que o projeto seja votado pelo Congresso Nacional. Se delegou nos termos do projeto, este vai ao Presidente da República para promulgação e publicação, como lei delegada. Na outra hipótese, o projeto, sem possibilidade de ser emendado, é submetido a uma única votação, que poderá concluir por sua aprovação ou por sua rejeição. Se for aprovado vai à sanção, promulgação e publicação*” (SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 323).

³⁰⁶ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

³⁰⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 10ª ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001. p. 249.

³⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (orgs). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.164.

³⁰⁹ Sobre a caracterização da lei delegada como produção normativa primária e as discussões acerca da matéria, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 285-286. Em sentido contrário, considerando a lei delegada como ato normativo secundário, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. pp. 231-232.

Federal de 1988³¹⁰. Vale dizer, o art. 68 seria o único caminho possível de transferência de funções normativas ao Poder Executivo. O exercício alargado de capacidades regulamentares seria, simplesmente, inválido.

Em todo caso, o fato é que a prática enterrou o instituto. Até hoje, somente treze leis delegadas foram editadas no plano federal³¹¹, sendo que apenas duas delas foram promulgadas após o advento da Constituição Federal de 1988. As onze primeiras – fundadas em apenas três decretos legislativos³¹² –, em sua grande maioria, dispunham sobre questões da própria Administração Pública federal, regulamentando a organização de diversos órgãos federais, instituindo autarquias ou autorizando a criação de diversas empresas estatais, tais como a Companhia Brasileira de Alimentos (Lei Delegada nº 06/62) e a Companhia Brasileira de Armazenamento (Lei Delegada nº 07/62). Talvez a mais relevante dessa primeira safra de leis delegadas tenha sido a de nº 04, de 1962, que trata do poder de intervenção da União no domínio econômico, e autoriza medidas importantes voltadas a “assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo” (art. 1º), tais como a compra, distribuição e venda de produtos, fixação de preços e controle do abastecimento e desapropriação de bens³¹³. Segundo o STF tal estatuto permanece em vigor³¹⁴.

³¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 357/359.

³¹¹ Para um relato minucioso acerca da história da edição das primeiras leis delegadas no Brasil, v. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. p. 133-136.

³¹² Trata-se dos decretos legislativos nºs 8, 9 e 11, todos do ano de 1962.

³¹³ Conforme o art. 2º da Lei Delegada 04/62:

“Art. 2º A intervenção consistirá:

I - na compra, armazenamento, distribuição e venda de:

- a) gêneros e produtos alimentícios;
- b) gado vacum, suíno, ovino e caprino, destinado ao abate;
- c) aves e pescado próprios para alimentação;
- d) tecidos e calçados de uso popular;
- e) medicamentos;
- f) Instrumentos e ferramentas de uso individual;
- g) máquinas, inclusive caminhões, "jipes", tratores, conjuntos motomecanizados e peças sobressalentes, destinadas às atividades agropecuárias;
- h) arames, farpados e lisas, quando destinados a emprêgo nas atividades rurais;
- i) artigos sanitários e artefatos industrializados, de uso doméstico;
- j) cimento e laminados de ferro, destinados à construção de casas próprias, de tipo popular, e as benfeitorias rurais;
- k) produtos e materiais indispensáveis à produção de bens de consumo popular.

II - na fixação de preços e no contrôle do abastecimento, neste compreendidos a produção, transporte, armazenamento e comercialização;

Na verdade, tais leis foram editadas durante a breve experiência do parlamentarismo brasileiro, tendo decisiva repercussão no plano econômico e social daquela época.³¹⁵ Daí porque alguns autores destacam a melhor adequação dos institutos similares às leis delegadas em sistemas parlamentaristas, nos quais há uma relação institucional mais evidente entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.³¹⁶⁻³¹⁷

Já as duas últimas leis delegadas foram editadas em agosto de 1992, durante o governo do então Presidente Fernando Collor de Mello. Ambas trataram da instituição de gratificações para os servidores. A primeira para militares federais das Forças Armadas (Lei Delegada nº 12/92) e a segunda para os servidores civis do Poder Executivo (Lei Delegada nº 13/92). Depois disso, não houve novas edições dessa espécie legislativa.

Ora, considerando a inflação legislativa brasileira desde 1988, com milhares de leis ordinárias e complementares, além das inúmeras medidas provisórias, vê-se que a lei delegada foi, de fato, quantitativa e qualitativamente, irrelevante. Dentre as razões para isso destacam-se, em primeiro lugar, as alargadas possibilidades de edição de atos normativos com força de lei pelo chefe do Poder Executivo sem requerimento prévio ao Congresso. Refere-se aos

III - na desapropriação de bens, por interesse social; ou na requisição de serviços, necessários à realização dos objetivos previstos nesta lei;

IV - na promoção de estímulos, à produção.”

³¹⁴ STF: AI nº 268857-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 20.02.2001, DJ 04.05.2001; AI nº 603.879-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 08.08.2006, DJ 08.09.2006; RE nº 392.047-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 03.05.2005, DJ 27.05.2005; RE nº 231.841-AgR-ED, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. 16.08.2011, DJe 19.10.2011.

³¹⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. p. 137.

³¹⁶ Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*De fato, caracterizando-se o parlamentarismo fundamentalmente pela responsabilidade política do Gabinete, sendo este ao mesmo tempo a cúpula da maioria parlamentar e sua expressão, motivo porque a desagregação dessa maioria há de produzir a queda do Gabinete, a delegação do Poder Legislativo pode ser com facilidade justificada. Elaborada no Parlamento, aprovada no Parlamento, a lei exprime a vontade da maioria parlamentar, pois esta é que decide sobre ela. Elaborada pelo Gabinete, aprovada por este, a lei exprime também a vontade da maioria parlamentar, embora indiretamente, já que o Gabinete é fruto deste e está em sua dependência*” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 230).

³¹⁷ No contexto dos decretos-leis, Márcia Azevedo destaca a maior compatibilidade do instituto nos sistemas parlamentaristas: “*O decreto-lei não é um mal. Decretos-leis existem na Itália, na Espanha, em Portugal, em todos os países contemporâneos e, junto com a lei delegada, é uma necessidade do governo moderno. O problema é o seguinte: no enfoque de um sistema presidencialista de governo, ele sempre será visto como autoritário. E, de fato, nesta circunstância, ele o é, porque o Presidente que assina um decreto-lei não tem apoio parlamentar. (...) Ele existe, contudo, na Itália, Espanha e Portugal e ninguém o reprova. Nas raras oportunidades, em que se permite – e elas ocorrem – a opinião pública não o repudia, porque o Governo que baixa decreto-lei compõe a liderança majoritária do Parlamento. São os mesmos homens que poderiam baixar a lei. Entretanto, naquele momento de emergência, utilizam o expediente, porque é preciso para desindexar a economia, para tabelar preços ou fazer uma minidesvalorização. Deixar a medida para amanhã, para 48 horas depois, será torna-la, inócua, obsoleta – ela se tornará perempta. Se a medida, afinal de contas, for absurda, surgirá o voto de desconfiança e não haverá mais Governo. Não só não haverá mais decreto-lei: não haverá, então, o próprio Governo*” (AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. *Prática do Processo Legislativo*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 178).

Decretos-lei durante a vigência das Constituições de 1967 e 1969³¹⁸, e às medidas provisórias, após a Constituição Federal de 1988, em tese editáveis apenas em casos de urgência e relevância (art. 62), mas que passaram a ser editadas de maneira quase indiscriminada pelo Poder Executivo,³¹⁹ enfraquecendo qualquer possibilidade de crescimento do instituto da lei delegada.

A facilidade para edição de outros atos normativos primários pelo Poder Executivo conjuga-se, em segundo lugar, com o elevado custo político para a edição das leis delegadas. A espécie normativa do art. 68 da Constituição exige diversas tratativas e negociações com as bases de ambas as Casas Legislativas, envolvendo: (i) a aprovação do decreto legislativo que delegará o poder normativo ao Poder Executivo; (ii) os termos e delimitações materiais do escopo de regulamentação da lei delegada; (iii) a garantia de que a delegação não será desfeita antes do seu termo final; (iv) a garantia de que outra lei não será editada no decorrer ou imediatamente após o período para promulgação da lei delegada; e (v) a aprovação, pela maioria do Congresso Nacional, da lei delegada após sua edição (conforme o art. 68, §3º da CRFB). É muito mais fácil e menos custoso ao Presidente da República editar medida provisória, valer-se de alargadas competências regulamentares, ou mesmo encaminhar um projeto de lei em regime de urgência.

Isso se repete, inclusive, em regimes parlamentaristas, como é o caso da Inglaterra. Cristiane Branco Macedo, ao comentar o controle judicial das legislações subordinadas do direito inglês, explica que, em que pese à legitimação da legislação delegada pela sua posterior aprovação pelo Poder Legislativo, tal figura está condicionada a um “*procedimento que se pode considerar ainda mais oneroso em razão das restrições à liberdade de deliberação da assembleia quanto ao conteúdo, pois o juízo favorável ou negativo só pode versar sobre a integralidade da lei delegada – ou seja, o ônus de se aprovar ou rejeitar o*

³¹⁸ Siqueira Castro, ainda sob a égide da Constituição de 1969, relatou: “*Cumprе assinalar, para concluir este capítulo, que a técnica de legislação delegada nominada tem sido muito pouco utilizada em nosso país. O gigantismo do Poder Executivo no Brasil, estribado no autoritarismo de fonte miliar e tecnocrática, acabou por assenhorar-se da maior parte das competências normativas, o que dá vivo testemunho a previsão constitucional para edição de decretos-leis em matéria financeira e tributária (art. 55, II) e a exclusiva competência do Presidente da República para a iniciativa das leis que disponham sobre matéria financeira (art. 57, I), isto associado à possibilidade de votação dos projetos presidenciais em regime abreviado e de urgência (art. 51 e parágrafos). A lei delegada ficou, assim, condenada ao desuso ante a desnecessidade de o governo receber por via de delegação, com os acréscimos de controle legislativo que esta impõe, função normativa para disciplinar todos os quadrantes da vida nacional submetidos à regulação do Estado*” (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. p. 160.)

³¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 231.

*texto da lei delegada é maior e resulta por requerer consenso parlamentar mais expressivo*³²⁰.

Cenário parecido é visto na França, onde o art. 38 da Constituição de 1958³²¹, que prevê a possibilidade de *leis de autorização*, caiu em desuso. Naquele país, entre 1958 e 1996, foram editadas apenas 26 leis com esse conteúdo, com base nas quais 160 *ordonnances* foram editadas, o que representa apenas 0,61% de toda atividade legislativa do período³²². Com efeito, verificou-se que o processo de aprovação desses atos é muito mais complexo que a simples edição de regulamentos implementando, em sentido amplo, leis ordinárias, com o beneplácito do Conselho Constitucional³²³.

Em síntese: o contexto atual brasileiro, como ocorre alhures, é de total desincentivo ao uso das leis delegadas pelo Poder Executivo como instrumento de governo. Assim, a despeito de contar com o destaque na literatura³²⁴ – fato é que a lei delegada tende a persistir sem importância, sobretudo pela atividade normativa crescente da Administração Pública por outras vias pragmaticamente mais eficientes e menos custosas do ponto de vista político.

Como destacam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a previsão constitucional da “lei delegada” – tal como ocorre com a “delegação legislativa” exposta no art. 82 da Constituição espanhola – se refere a apenas uma das espécies de delegação de poder normativo, de modo que o fenômeno delegativo possui uma abrangência muito mais ampla – incluindo, por exemplo, as hipóteses de edição de normas infralegais, que representam, tecnicamente, um regulamento habilitado pela lei.³²⁵ Em outras palavras, a lei delegada está

³²⁰ MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada na Universidade de Brasília, Brasília: UnB, 2007, p. 26.

³²¹ “ARTIGO 38º O Governo pode, para a execução do seu programa, pedir ao Parlamento autorização para tomar com base em portarias, durante um prazo limitado, medidas que estão normalmente no âmbito da lei. As portarias são aprovadas no Conselho de Ministros após edital do Conselho de Estado. Entram em vigor a partir da sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for apresentado perante o Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. Eles podem ser ratificados apenas de forma expressa. À expiração do prazo mencionado no primeiro parágrafo do presente artigo, as portarias podem ser alteradas apenas pela lei nas matérias que são do domínio legislativo.”

³²² Conforme levantamento feito por Catherine Boyer-Mérentier, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996, *apud*, IANCU. Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 257.

³²³ IANCU. Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 257.

³²⁴ V. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 299.

³²⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 10ª ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001. p. 250/251. Nesse contexto, Eduardo Garcia de Enterría propõe a classificação de três tipos distintos de delegação legislativa: a delegação receptícia, a remissão normativa e a

longe de ser a única forma de transferência de funções normativas ao Poder Executivo. E é nesse ponto que os regulamentos tendem a se destacar ainda mais.

1.2.3.2. Os regulamentos no direito brasileiro

Na linha do que já tivemos a oportunidade de registrar³²⁶, entendemos que regulamento é a *norma jurídica destinada a regular situações gerais e abstratas no âmbito da competência outorgada pela Constituição, em regra, ao chefe do Poder Executivo, para o desenvolvimento ou execução das leis, ou para o exercício de competências diretamente delimitadas pela Lei Fundamental, em caráter reservado³²⁷ ou concorrente³²⁸.*

Como *normas*³²⁹ que são, os regulamentos integram as fontes do Direito Administrativo. Na verdade, trata-se da fonte mais corriqueira. Nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma, “o Brasil é o país dos regulamentos”³³⁰. Dificilmente, uma relação administrativa ou uma atividade econômica ou social não terá algum aspecto regulado por tal espécie normativa. Aliás, a intensidade da produção normativa regulamentar é algo que salta aos olhos. No Estado da regulação econômica, a inflação legislativa convola-se em inflação regulatório-regulamentar³³¹. A regulação é *onipresente*³³².

Mas a expansão do poder regulamentar não é apenas quantitativa. Ela é também qualitativa. Com efeito, nos últimos anos, tem-se assistido a uma postura de alargamento desse mecanismo, o que se refletiu tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Nos próximos

deslegalização. As leis delegadas, incluídas na primeira classificação, representariam, assim, apenas uma das formas, mas não a única pela qual o Legislativo delega poder normativo ao Poder Executivo.

³²⁶ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 67.

³²⁷ É o caso específico do art. 84, VI, a, CRFB.

³²⁸ Como ocorre com o CNJ, por exemplo, em que o regulamento ocupa o lugar da lei enquanto a mesma não for editada.

³²⁹ Cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 7 ed., Madrid: Civitas, 1995, p. 167.

³³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 105.

³³¹ Em 2007, ANTT, ANEEL e ANA, juntas, editaram 1.965 resoluções, ao passo que o Congresso Nacional aprovou 198 leis. Nos Estados, o quadro é parecido. No Rio Grande do Sul, *e.g.*, em 2007, a Assembleia Legislativa aprovou 188 leis, ao passo que a agência reguladora estadual (AGERGS) promulgou 580 resoluções (Cfr. FALCÃO, Joaquim. “Agências reguladoras têm de evitar a judicialização de demandas”, in *Consultor Jurídico* (CONJUR) de 25.05.2008, disponível na internet: http://www.conjur.com.br/2008-mai-25/agencias_evitar_judicializacao_demandas).

³³² CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro* (coord. da ed. Espanhola: Alicia Isabel Saavedra-Bazaga), Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2014, p. 454.

sub-itens, retomaremos o debate que já expusemos sobre as espécies de regulamentos, bem como os passos que foram dados nos últimos anos³³³.

1.2.3.1 Os regulamentos de execução.

Os regulamentos de execução estão previstos no art. 84, IV da Constituição, cuja linguagem determina não só uma faculdade, mas o dever de o chefe do Poder Executivo promover a fiel execução das leis. É a espécie de regulamento mais antiga no Direito brasileiro, presente desde a Constituição do Império de 1824 (art. 102, XII). A possibilidade de aplicar a lei por meio de regulamentação é aspecto inerente ao Poder Executivo. É natural que assim seja.

O que varia, porém, é a intensidade, ou o grau da amplitude daquilo que se entende por execução. Por bastante tempo, pode-se dizer que tinha mais força na literatura a corrente que defendia a atividade administrativa como a mera aplicação da lei de ofício, do que decorre um conceito restrito de execução e de repulsa às delegações legislativas, embora se reconhecesse que as mesmas aconteciam na prática³³⁴. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, por exemplo, sustentava que os regulamentos de execução “desenvolvem os textos legais para efeito tão somente de sua aplicação, atendendo às peculiaridades locais ou de tempo, às possibilidades de sua execução, e às circunstâncias de sua atuação (...) complementam os seus preceitos, neles apoiados, *como meros elementos de sua execução, como procedimento de sua aplicação*”³³⁵.

No mesmo diapasão, e com mais vigor, o seu filho, Celso Antônio Bandeira de Mello adotou, como bem nota Carlos Ari Sundfeld³³⁶, uma *postura de combate* contra qualquer tipo de atividade criativa da Administração Pública. E por conta disso, defendeu o estreitamento máximo do sentido dos regulamentos, propugnando uma atuação mecânica da Administração Pública. É, assim, que Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a outorga de competências normativas pela lei ao Administrador Público é “*procedimento abusivo,*

³³³ Boa parte das ideias expostas neste ponto da tese já foram por nós apresentadas no nosso: CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005. Passada uma década, acreditamos, notadamente por conta da jurisprudência do STF, bem como diante do avanço da ciência política no estudo sobre as relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo no Brasil, que o tema merece ser retomado e aprofundado. É o que faremos aqui.

³³⁴ Conforme Themístocles Brandão Cavalcanti, as delegações legislativas “teem sido admitidas apesar de intolerantes se terem mostrado os autores em reconhecer a legitimidade das delegações, desde PIMENTA BUENO, JOÃO RAMALHO, CARLOS MAXIMILIANO, e a quase totalidade, senão a totalidade dos jurados dos nossos tribunais” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 400).

³³⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 311-312. Grifamos.

³³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 232.

inconstitucional e escandaloso”, sinal da indiferença dos “*nossos legisladores (...) na manutenção das prerrogativas do Poder em que se encartam*”, bem como na “*salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos*”³³⁷.

Nesse sentido, o regulamento de execução estrita seria a única espécie legítima de ação complementar da lei pelo Poder Executivo no direito brasileiro³³⁸; um regulamento que pressupõe lei prévia, a qual será o objeto de sua mera assistência. Um instrumento que não passa de um “*auxiliar das leis*”³³⁹, para citar Pontes de Miranda, ou de atos de “*pura execução, e dominados pela lei*”, como já defendia Pimenta Bueno diante da Constituição de 1891³⁴⁰. Assim, sequer seria viável falar-se em regulamentos voltados a preencher lacunas deixadas pela lei, *i.e.*, os denominados regulamentos *praeter legem*. Tal regulamento, nas palavras do ex-Ministro Carlos Mario da Silva Velloso, “*laborando no vazio, inova na ordem jurídica, impondo obrigações e estabelecendo limitações à liberdade individual, não previstas em lei*”³⁴¹.

Alguns autores dessa corrente de pensamento, pontualmente, até mencionavam a existência de regulamentos delegados. Todavia, num jogo de palavras, diziam apenas que são delegados, mas *intra legem*, jamais podendo agir *praeter legem*, “*porquanto o seu campo de ação ficou restrito a simples execução de lei*”³⁴².

A postura de combate aos regulamentos na sequência da edição da Constituição de 1988 pode ser vista como um resquício de medo de um poder sem legitimidade e controle democráticos. A experiência brasileira com as ditaduras é a explicação corrente para isso e indica cuidados. A propósito, Carlos Ari Sundfeld³⁴³ mostra como a valorização do Poder Legislativo no discurso do Direito Administrativo tem relação direta com a nossa tumultuada e majoritariamente autoritária história institucional. Assim, faz todo sentido que uma das citações mais repetida pelos advogados da legalidade administrativa estrita no Brasil tenha

³³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 359.

³³⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Do poder regulamentar*, in *Temas de direito público*, 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 450.

³³⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a EC n. 1/69*, 2ª ed., São Paulo: RT, v. 3, p. 314.

³⁴⁰ PIMENTA BUENO, José Antônio, “Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império”, in *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*, org. por Eduardo Kugelmas, São Paulo: Editora 34, 2002, p. 316.

³⁴¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Do poder regulamentar*, in *Temas de direito público*, 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 451.

³⁴² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 314. No mesmo sentido: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Do poder regulamentar*, in *Temas de direito público*, 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 452.

³⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., cit., pp. 238-239.

sido veiculada na obra de Miguel Seabra Fagundes em 1941, no auge do Estado Novo³⁴⁴. A ideia já citada de que *administrar é aplicar a lei de ofício* tornou-se o *slogan* de valorização de um Congresso Nacional cujas portas estavam fechadas.

É com esse espírito democrático e de contenção da autoridade que tanto Oswaldo Aranha, quanto Celso Antônio Bandeira de Mello abraçaram a legalidade como um estandarte. Era preciso resgatar o Parlamento das trevas do autoritarismo. E eles estavam certos. Era urgente esse salvamento, o qual representou uma conquista institucional brasileira.

Passadas mais de duas décadas, porém, o Brasil não é mais os mesmo. Vivemos o maior período de estabilidade democrática da nossa história. O Poder Executivo é instituição dotada de significativa legitimidade democrática, fruto do sufrágio, do controle intenso dos órgãos políticos e jurídicos, bem como do próprio controle social permitido por um ambiente inédito de liberdade de expressão no Brasil³⁴⁵. O mesmo se diga da Administração Pública, que se procedimentalizou e ganhou novos mecanismos de controle, supervisão pelos órgãos eleitos, participação e transparência. O Administrador de hoje não é, por definição, o déspota que se precisava combater nos períodos autocráticos. A ação administrativa, cada vez mais se afasta de um superado e autoritário conceito de ato administrativo autoreferenciado. O processo e a motivação ganham força e se tornam elementos de justificação do agir administrativo³⁴⁶.

Além disso, conforme já registramos acima, a experiência mostrou que administrar é muito mais que uma aplicação mecânica da lei. Ela envolve uma capacidade interpretativa e, portanto, criativa. Ela abarca a necessidade de que as leis se ajustem rapidamente a novas necessidades, e pressupõe um poder regulamentar efetivo de um Estado que deve regular a economia e garantir os mais variados direitos.

Na verdade, uma concepção por demais estreita de regulamento é simplesmente irreal. Como registra Gustavo Binbenbujm: “[É] absolutamente impossível (e indesejável) que todas as múltiplas atribuições e necessidade de decisões administrativas e regulatórias pudessem

³⁴⁴ Refere-se à primeira edição do clássico *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, de Miguel Seabra Fagundes, em 1941. A obra continua sendo leitura obrigatória ao estudioso do direito público, e após ter sido constantemente reeditada pelo próprio Seabra Fagundes até 1985, passou a ser atualizada, com manutenção do texto original, por Gustavo Binbenbujm desde 2005.

³⁴⁵ A atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido marcante neste sentido, destacando-se a recente decisão autorizando biografias independentemente de consentimento do biografado na ADI nº 4815, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.15, DJe 26.06.2015. Sobre o papel do STF na consagração de um ambiente de robusta liberdade de expressão, v. KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In: Daniel Sarmiento. (Org.) *Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “A superação do ato administrativo autista”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 89-113.

estar previamente determinadas pela lei”. E prossegue o autor: “*Dai a fixação de atribuições normativas diretas para o Poder Executivo, enquanto órgão administrativo por excelência*”³⁴⁷.

Assim, o significado de execução da lei alargou-se. A defesa de um sentido amplo de regulamento executivo³⁴⁸, mais compatível com a complexidade da sociedade contemporânea, acabou prevalecendo no final do século passado, e se mostrou a resposta adequada para um legislador que cada vez mais se vale de conceitos jurídicos amplos e indeterminados, talvez indispensáveis para que as normas jurídicas se adaptem às realidades muito cambiantes dos dias de hoje.

Como registra Carlos Ari Sunfeld, o avanço do Direito Administrativo nos anos 1990 (notadamente por conta das transformações trazidas pelas agências reguladoras), “*levou a um reconhecimento formal, pelas leis – com aceitação relativamente tranquila de nossa Corte Constitucional e demais instâncias do Judiciária –, de que a Administração Pública pode ter capacidade normativa, desde que legalmente atribuída*”³⁴⁹.

Um regulamento que se apresentasse como mero *auxiliar* de execução ou procedimento de aplicação da lei, além de ser pouco útil, criaria custos elevados ao legislador, que precisaria descer a minúcias, prevendo consequências plurais, realidades e circunstâncias que nem os mais criativos romancistas conseguiriam imaginar. Ademais, o que significa ser um mero elemento de execução? Na maioria das hipóteses, não se pode executar sem que se *crie algo de novo*, algo que acrescente.³⁵⁰

Esse tipo de visão mais realista do poder regulamentar não é propriamente novidade, embora nunca tenha sido tão forte como é hoje. Siqueira Castro, por exemplo, antes da Constituição de 1988 e com um discurso preocupado em manter tanto um Executivo funcional, quanto um governo democrático, reconhecia a existência, em nosso direito, dos

³⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 140.

³⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 414.

³⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 247-248.

³⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra, ao mesmo tempo que advogava a execução estrita da lei pelo regulamento, que não pode modificar a ordem jurídica, afirma que o âmbito do poder regulamentar pode variar conforme mais ou menos minudente for a lei regulamentada (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 35, nota n. 2). Ora, se o legislador foi pouco *minudente*, é evidente que haverá exercício de criação pelo regulamento, havendo modificação da ordem jurídica. Se assim não fosse, a lei perderia a sua própria razão de ser, que é ter eficácia para regular as relações sociais.

regulamentos de complementação, que, conforme Afonso Queiró,³⁵¹ podem ser classificados dentro da categoria dos regulamentos de execução. São regulamentos, segundo o constitucionalista brasileiro, “que não objetivam apenas explicitar a lei, mas sim aditar complementos aos princípios e diretrizes contidos nas *normas gerais* fixadas pelo Parlamento”.³⁵² Seriam esses regulamentos fruto de manifestação legislativa muito semelhante ao modelo francês de *lois cadre*,³⁵³ que “se limitavam a definir os princípios das reformas a realizar, a traçar o seu ‘quadro’, e encarregavam o governo, para tal habilitado a modificar a lei”.³⁵⁴ Esse regulamento é subordinado ao que estatui genericamente a lei, mas não se trata de mero tratamento em pormenores de seu conteúdo.

Sérgio Ferraz igualmente já constatava que, “realmente, de *nenhuma valia* é o regulamento que se limita a *repetir a lei*”.³⁵⁵ Portanto, o regulamento de execução pode “conter norma *nova*, desde que não contrarie a ordem legal vigente e seja necessária à plena execução do diploma regulamentado”.³⁵⁶ Afonso Queiró, nada obstante partir da premissa de que, a rigor, os regulamentos de execução devem se limitar a repetir com maior clareza as regras de fundo do legislador, reconhece que pode ser necessário que o regulamento supra lacunas (“regulamentos integrativos”), a fim de que seja possível a boa execução das leis.³⁵⁷

Assim é que, na lição de Caio Tácito que acabou por consagrar³⁵⁸ dentro de uma visão ampliada das capacidades normativas do Poder Executivo, “regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas *ampliá-la* e *completá-la*, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar”.³⁵⁹ A execução da lei não é, destarte, fruto de uma limitada interpretação

³⁵¹ QUEIRÓ, Afonso, *Teoria dos regulamentos*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, primeira parte: ano XXVII, (janeiro-dezembro), n. 1-2-3-4, 1980, p. 8.

³⁵² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *O Congresso e as delegações legislativas*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 120.

³⁵³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *op. e loc. cit.*.

³⁵⁴ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo* (trad. Rogério Ehrhardt Soares), Coimbra: Almedina, 1981, p. 66.

³⁵⁵ FERRAZ, Sérgio, *Regulamento in 3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 116. Grifamos.

³⁵⁶ FERRAZ, Sérgio, *op. cit.* p. 118. Grifos do original.

³⁵⁷ QUEIRÓ, Afonso, *Teoria dos regulamentos*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, primeira parte: ano XXVII, (janeiro-dezembro), n. 1-2-3-4, 1980, p. 9.

³⁵⁸ A frase de Caio Tácito é destacada como o modelo de poder regulamentar, dentre outros, por: BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 165 e ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*, Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 225, p. 109-129.

³⁵⁹ TÁCITO, Caio, *Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar*, in *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1079. Itálicos nossos.

literal³⁶⁰. Toda execução e regulamentação da lei pressupõe interpretação, que, por seu turno, induz a criação de norma. Até mesmo porque, norma jurídica não se confunde com o seu enunciado (o seu texto), mas é o resultado da interpretação que pressupõe a compreensão das circunstâncias em que se está inserido. Isto é, a norma é o produto da ação do intérprete sobre o texto positivado, permitindo-se a consideração sobre outros fatos relevantes³⁶¹. A Administração Pública quando interpreta, por óbvio, faz surgir norma, *i.e.*, cria direito.

Nessa toada, num esforço de síntese, os regulamentos de execução são todos aqueles que se destinam a, de alguma forma, executar o que dispõe a lei sem contrariá-la, sendo que tal execução não está cingida à literalidade legal, mas sim à interpretação criadora do direito em cumprimento e complementação do seu espírito e conteúdo. É por meio desse tipo de regulamento que a Administração Pública transformou-se nos últimos anos, gerando uma atuação cujo saldo nos parece positivo³⁶².

Pois bem. Se, de um lado, o alargamento do conceito de execução parece ser condizente com as demandas contemporâneas, de outro lado, tal modo de pensar cria dificuldades na avaliação sobre a ocorrência ou não de uma delegação a ser rejeitada pela Constituição. Na verdade, o conceito adotado de regulamento de execução compreende os regulamentos que muitas vezes são classificados como delegados, e que por isso seriam inconstitucionais, por violação da legalidade, da separação de poderes e da disposição expressa do art. 25 do ADCT.³⁶³

Como já deflui do texto, discordamos de tal perspectiva. Entendemos que toda execução implica algum nível de delegação. Rejeitar essa realidade é transformar o debate num jogo semântico inútil, o qual não ajuda a compreender quais são as delegações

³⁶⁰ Já Francesco Ferrara a seu tempo criticava duramente a interpretação literal, propugando pela relevância do “elemento espiritual” da lei (*voluntas legis*). Afirmava o autor italiano: “a lei (...) não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a *letra* da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e procura-se a intenção legislativa” (*Interpretação e aplicação das leis*, 2. ed., trad. Manuel A. Domingues de Andrade, Coimbra: Arménio Amado, editor, sucessor, 1963, p. 128). Itálicos do original.

³⁶¹ Trabalhando com a distinção entre enunciado (texto) e norma jurídica (resultado da interpretação), v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30 e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104.

³⁶² “A atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa. O Legislativo não dispõe de condições para formular todas as soluções. A lei é um esquema normativo que demanda complementação. O regulamento produzido pelo Executivo exerce essa função complementar, visando a assegurar a geração da melhor solução possível”, JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 9ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 240. V. ainda: MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 16ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 127-128.

³⁶³ Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 11 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 251-252.

efetivamente ilegítimas, como será debatido adiante. Antes disso, passemos ao exame das denominadas espécies regulamentares autônoma e independente, cuja compreensão compõe a teoria dos regulamentos brasileira e enseja debates sobre as funções normativas do Poder Executivo.

1.2.3.2.2 A doutrina dos regulamentos autônomos e independentes: desenvolvimentos iniciais no Brasil e sua origem francesa.

Regulamentos autônomos são aqueles que têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita uma esfera de conteúdos reservados a tal espécie normativa³⁶⁴. Trata-se de um campo material exclusivo no qual o legislador não pode interferir.³⁶⁵ Tais regulamentos reservados, que, no Brasil, têm previsão, desde a EC n° 32/2001, no art. 84, VI, *a*, CRFB, não se confundem com os denominados regulamentos *praeter legem*, que já identificamos como *independentes*, que existem no espaço deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal, num “campo de poderes residuais”.³⁶⁶ A relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto que a relação entre a lei e o regulamento independente é de hierarquia.

Sérgio Ferraz reconhece, embora com outra nomenclatura, os regulamentos independentes e autônomos, referindo-se a eles como regulamentos autônomos *regrados* e *discricionários*.³⁶⁷ Cada um deles é admitido em terrenos distintos: (i) os primeiros, em “área não expressamente reservada à lei, e onde norma legal, *stricto sensu*, ainda não foi editada”; (ii) e os segundos, “na chamada reserva de ‘Administração’, isto é aquela que por disposição da lei maior é livre, discricionário e exclusivo desenrolar da ação administrativa”.³⁶⁸

Sérgio de Andréa Ferreira caminha em sentido parecido,³⁶⁹ e reconhecia, na vigência da Carta de 1969, que os regulamentos autônomos ou independentes (como sinônimos) podem existir em dois casos. Um *primeiro* quando, diante de uma competência administrativa prevista na Constituição e de uma lacuna legislativa, o Administrador cria regras por

³⁶⁴ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n° 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

³⁶⁵ LEÓN, José Maria Baño, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 163-164.

³⁶⁶ FERRAZ, Sérgio, “Regulamento”, in *3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 119. QUEIRO, Afonso, explica que, em sua origem, o poder regulamentar independente surgia como sobrevivência da clássica *plenitudo potestatis* do Poder Executivo, anterior ao Estado de Direito constitucional (*op. cit.*, p. 12).

³⁶⁷ FERRAZ, Sérgio, *op. cit.* pp. 119-120.

³⁶⁸ FERRAZ, Sérgio, *op e loc. cit.*.

³⁶⁹ FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Direito administrativo didático*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 62 ss.

regulamento. Trata-se de cumprir o princípio da autolimitação do Administrador, que, na falta da lei, torna a ação administrativa mais legítima³⁷⁰. Nesse primeiro sentido, o regulamento submete-se aos princípios da preferência e da reserva legal, ou seja, havendo lei, não prevalecerá o regulamento. Se a lei existe, o regulamento só pode ser de execução.³⁷¹

Um *segundo* caso de regulamento autônomo ou independente, para Sérgio de Andréa Ferreira, é aquele editado num âmbito de reserva de administração. No seu entender, sob a égide da Constituição de 1969, sobre estruturação, atribuições e funcionamento da Administração, “só o regulamento, *autônomo*, pode dispor (princípio da *reserva administrativa*)”.³⁷² Esse regulamento não se submete à precedência de lei, muito embora não exclua as reservas de lei.

Já dissemos³⁷³ que não se devem confundir os regulamentos executivos decorrentes de leis de baixa densidade normativa com os regulamentos independentes. Aqueles careceriam de uma delegação pelo legislador, que estabelece parâmetros mínimos, enquanto esses existem sem qualquer tipo de outorga por parte da lei. Mesmo quando se tratar de habilitações legislativas em branco não haveria regulamento independente,³⁷⁴ que prescinde de manifestação legislativa, muito embora não a possa contrariar. Passados dez anos, não nos parece que tal distinção seja significativa. Partindo-se de conceito alargado de execução e delegação, o regulamento *praeter legem* cabe dentro da ideia de aplicação de lei, o que pode, inclusive, implicar criação de algo novo³⁷⁵. Com efeito, o preenchimento de lacunas por

³⁷⁰ Por ex.: A Constituição (tanto a anterior quanto a atual) estabelece que é dever da Administração Pública expedir certidões requeridas às repartições administrativas para defesa de direitos e esclarecimento de situações (art. 153, §35 da Carta de 1969 e art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição de 1988).³⁷⁰ Assim, nas palavras de Sérgio de Andréa Ferreira: “se, em alguma unidade federativa, inexistir norma legal sobre o procedimento a ser seguido no requerimento e expedição dessas certidões, poderá o administrador, em cada caso concreto, formular essa ou aquela exigência, quanto aos aspectos formais da petição, a legitimação para firmá-la e a comprovação de interesse de postulação. A administração local, no entanto, pode preferir editar regulamento disciplinando todos esses aspectos” (cfr. FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Comentários à Constituição*, 3 vol., 1 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, pp. 73-74). Em obra anterior, Sérgio de Andréa Ferreira dava notícia de que, no antigo Estado da Guanabara, a Administração local, na falta de lei, preferiu editar regulamento quanto a essas certidões. (*Direito administrativo didático*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 62). Com efeito, a opção pelo regulamento uniformizador para o procedimento de requerimento de certidão cumpre o dever de isonomia administrativa, na medida em que todos os administrados se submeterão às mesmas exigências e procedimentos.

³⁷¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Direito administrativo didático*, cit., p. 63.

³⁷² FERREIRA, Sérgio de Andréa, *Direito administrativo didático*, cit., p. 64.

³⁷³ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

³⁷⁴ LEÓN, José Maria Baño, *op. cit.*, p. 164.

³⁷⁵ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão sustenta que “salvo raríssimas hipóteses” a atividade do administrador público (e mesmo do juiz) é criadora do direito, já que não se limita à simples execução das leis. Dessa forma, “todos os regulamentos serão, *em certa e variável medida*, ‘autônomos’ ou ‘independentes’, a depender da nomenclatura adotada” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, “Princípio da legalidade e poder

regulamento nada mais é que uma manifestação administrativa voltada a aplicar estatutos que não previram uma dada situação.

Já quanto aos regulamentos autônomos, mantemos a nossa posição. Entendemos tal espécie como aquela decorrente de competência normativa diretamente fundada na Constituição, que exclui a competência do Legislativo. São baseados, assim, num domínio próprio que se pode denominar, com inspiração na tradição francesa, de *domínio do regulamento*³⁷⁶.

Com efeito, a Constituição da França de 1958, com claro intuito de atribuir novas funções ao Poder Executivo³⁷⁷ (que neste país se divide entre Presidente da República e Governo), parecia estabelecer uma ampla e absoluta reserva normativa de Administração Pública, em contraposição a uma reserva de lei delimitada por enumeração aparentemente exaustiva. Aparentemente, tratava-se, como muitos defenderam, de uma verdadeira “revolução”, o que foi defendido por vários autores, que, posteriormente, se deram conta de que a mudança não foi tão profunda assim³⁷⁸.

Jean Rivero, num primeiro momento defendendo essa mudança “revolucionária”, não viu problemas maiores no aumento de atribuições normativas do Executivo, desacreditando expressamente no mito da lei³⁷⁹. Assentou-se, assim, a ideia de que a técnica adotada pela Constituição de 1958 foi a de estabelecer dois “domínios” normativos: (i) o domínio da lei (art. 34³⁸⁰); e (ii) o domínio do regulamento (art. 37³⁸¹). Além disso, manteve-se a

regulamentar no Estado contemporâneo”, in RDA nº 225, 2001, pp. 124 e 125). No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 253.

³⁷⁶ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 68. No Brasil, v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958*, RDA 84, p. 35.

³⁷⁷ O que se explica com o fato histórico de a Constituição ter sido elaborada pelo General De Gaulle e posteriormente referendada pelo povo. O general tratou de conceber uma Constituição que lhe desse maior governabilidade e não o deixasse refém do Parlamento.

³⁷⁸ Tendo vislumbrado primeiramente uma “revolução” na divisão de competências, veja-se, por todos, RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, pp. 261-262. Rivero faz sua *mea culpa* assim admitindo: “Eu faço parte, com efeito, destes juristas que, no dia da promulgação da Constituição de 1958, acreditaram ingenuamente, na leitura dos artigos 34 e 37, que alguma coisa fundamental havia mudado na ordem jurídica. Eu acreditei, como alguns outros, numa revolução jurídica, em um nova definição da lei, na emergência do regulamento no nível da norma incondicional; eu acreditei em uma revolução política, em uma redistribuição do poder normativo em benefício do Governo”.

³⁷⁹ “A lembrança dos venenos de um sistema do qual não conheço quase nada das delícias impedem-me de unir-me a um coro majoritário amplamente abastecido, e que, fiel ao mito rousseauiano da lei infalível e, necessariamente, benfazeja, pois é a expressão da vontade geral, parecia-me um pouco ultrapassado. Eu não acreditava mais na maleficência inelutável de um poder regulamentar essencialmente preocupado em maltratar seus sujeitos”, cfr. RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse*, cit., p. 262.

³⁸⁰ Segundo o art. 34 da Constituição francesa, são *domínio da lei* do Parlamento as normas relativas:

Aos direitos civis e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; às obrigações impostas pela defesa nacional aos cidadãos quanto à sua pessoa e seus bens; à nacionalidade, ao

possibilidade dos regulamentos para o cumprimento da lei.³⁸² Mauro Cappelletti acrescenta que a “revolução” da Constituição de 1958 se completava “pela criação de um ‘*watchdog*’, um cão de guarda, o novo Conselho Constitucional, encarregado de fazer fracassar toda tentativa do Parlamento de recuperar seus poderes perdidos”.³⁸³

O que é mais interessante (e mais pode chocar) é que, pela letra da Constituição francesa, as matérias do domínio da lei são exaustivamente enumeradas, enquanto que tudo o mais é assunto reservado ao regulamento. A universalidade temática típica da lei fora aparentemente deslocada para a ampla competência regulamentar residual do Executivo. Comenta, nesse sentido, Jean Gicquel que, “pela primeira vez depois de 1789, a lei não se estende mais ao infinito”³⁸⁴. De fato, a letra da Constituição de 1958 relativizou a “regra da onipotência” normativa do Poder Legislativo, e surpreendeu o mundo, “posto que, no

estado e à capacidade das pessoas, aos regimes matrimoniais, às sucessões e doações; à determinação dos crimes e delitos bem como às penalidades aplicáveis; ao processo penal; à anistia; à criação de novas ordens de jurisdição e ao estatuto dos magistrados; à base, à taxa e às modalidades de arrecadação de impostos de todo tipo; ao sistema de emissão de moeda.

A lei estabelece igualmente as normas referentes: ao regime eleitoral das assembleias parlamentares e das assembleias locais; à criação de categorias de estabelecimentos públicos; às estatizações de empresas e às transferências de propriedade do setor público ao setor privado.

A lei determina os princípios fundamentais: da organização geral da defesa nacional; da livre administração das coletividades locais, das suas competências e dos seus recursos do ensino; do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais; do direito trabalhista, do direito sindical e da previdência social.

As leis orçamentárias determinam os recursos e os encargos do Estado nas condições e sob as reservas estabelecidas pela lei orgânica.

As leis de financiamento da previdência social determinam as condições gerais do seu equilíbrio financeiro e, de acordo com as suas previsões de receitas, fixam os seus objetivos de despesas, nas condições e sob as reservas previstas por uma lei orgânica.

As leis de planeamento determinam os objetivos da ação econômica e social do Estado.

As disposições do presente artigo poderão ser detalhadas e completadas por uma lei orgânica.

³⁸¹ O art. 37 estabelece em sua alínea 1ª, que *as demais matérias* não enumeradas no art. 34 *possuem caráter regulamentar* e que “os textos de forma legislativa referentes a tais matérias poderão ser modificados por decretos promulgados após consulta ao Conselho de Estado”. Em sua alínea 2ª, ainda estatui: “os textos legislativos, que vierem a ser aprovados depois da entrada em vigor da presente Constituição, só poderão ser modificados por decreto *se o Conselho Constitucional declarar que têm caráter regulamentar*”.

³⁸² Nesse sentido, Louis Favoreu assinala que, na França, há dois tipos de poderes regulamentares: (i) o poder regulamentar subordinado ou de execução, cujo fundamento é o art. 21 da Constituição de 1958; e (ii) “o poder regulamentar autônomo, inicial e incondicionado, ao qual se atribuiu de início a natureza de lei, pois a este se assinalou um âmbito mais modesto, mas ainda assim eminente”. FAVOREU, Louis, *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 26.

³⁸³ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 249.

³⁸⁴ GICQUEL, Jean, *La Constitution de 1958 a quarante ans, question n° 9: Les rapports entre le Parlement et Gouvernement dans la Constitution de 1958, on line* www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q09.htm, 1998, acesso em 28 ago 13, às 13 :30h.

continente europeu, foi justamente a França que havia criado essa regra”³⁸⁵. E foi assim que, nada obstante opiniões dissonantes, o “poder legislativo” do Poder Executivo tornou-se a “regra e não a exceção”, “posto que compreende *tudo que não é expressamente mencionado no artigo 34*”.³⁸⁶ É nesse sentido que Jean Rivero comenta que no “‘domínio da lei’ o legislador é o único senhor; mas é ao mesmo tempo prisioneiro; sendo somente ele competente para estatuir acerca das matérias que lhe são reservadas, é incompetente em relação a todas as outras”.³⁸⁷

Eduardo García de Enterría critica incisivamente o modelo francês e aponta como origem da, segundo ele, *equivocada* separação entre os domínios de lei e regulamento consagrada na Constituição de 1958, a radical substantivação do conceito de regulamento que se deu pela doutrina francesa antes mesmo da referida Carta.³⁸⁸ Para o autor espanhol, perderam-se princípios essenciais como o “básico” da primazia da lei, pois, para Enterría, “toda forma de normação administrativa é, e não pode ser menos que, não soberana, *nunca equiparável à Lei em sentido estrito*”.³⁸⁹

De alguma forma, tais críticas foram acatadas. Tanto a jurisprudência do Conselho Constitucional quanto a prática governamental e parlamentar, seguidos pela doutrina, relativizaram a aparente reserva de matérias aos regulamentos. A “revolução de 1958” fracassou diante dos fatos e dos ideais liberais de afirmação da onipotência do Parlamento, além das contradições presentes no próprio texto Constitucional.³⁹⁰ De fato, após ser provocado pelo Governo, é o Conselho Constitucional quem decide a que domínio pertence determinada matéria (art. 41),³⁹¹ e este acabou por entender que a lei permanecia dotada do

³⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 248.

³⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, pp. 248-249.

³⁸⁷ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo cit.*, p. 68. Itálicos nossos.

³⁸⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de, *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1981, p. 95.

³⁸⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de, *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1981, p. 98. Grifos nossos.

³⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 249.

³⁹¹ Cfr. RIVERO, Jean, *Direito Administrativo cit.*, p. 69. Estabelece o art. 41:

“Se se evidenciar que, no curso do processo legislativo, uma proposta ou emenda não pertence ao domínio da lei ou é contrária a uma delegação concedida em virtude do artigo 38, o Governo pode opor-se a sua admissão.”

“Em caso de desacordo entre o Governo e o Presidente da assembleia interessada, o Conselho Constitucional, solicitado por uma ou outra parte, delibera dentro do prazo de oito dias”.

atributo da universalidade temática (ou onipotência legislativa). Apontam-se dois passos para a construção desse entendimento.

Primeiro, deu-se ao art. 34 uma interpretação ampla. Conforme Jean Rivero, “[o] Conselho Constitucional deu às disposições do art. 34 uma **interpretação quase sempre favorável à competência legislativa**. Por outro lado, apagou praticamente as diferenças entre as matérias em que a lei ‘fixa regras’ e **aquelas com que determina os ‘princípios fundamentais’**”.³⁹² Com efeito, desenvolveu-se uma jurisprudência “que consagra progressivamente o caráter atrativo do domínio legislativo”.³⁹³ Louis Favoreu dá notícia do *leading case* desse entendimento. Em aresto do Conselho Constitucional de 1969 (caso “*protection de sites*”), estatuiu-se que para dispor sobre princípios gerais do direito sempre será necessário o uso da via legislativa. E continua constatando que “com isso, não é mais possível limitar o domínio da lei, posto que basta invocar um princípio geral do direito”,³⁹⁴ o que não se afigura ser muito difícil. Segundo Mauro Cappelletti, “está bem claro que o espectro, um tanto vago, dos princípios gerais pode invadir não importa qual campo de regulamentação”.³⁹⁵

Louis Favoreu comenta que as “consequências dessa jurisprudência são consideráveis”, levando-se em conta que todo atentado a um princípio geral do direito só poderá ser feito por lei, “incluindo-se na lista todos os princípios já emanados ou a serem emanados pelo Conselho de Estado e pelo Conselho Constitucional”.³⁹⁶ Dessa forma, “dá-se a possibilidade ao juiz de modificar o mecanismo de repartição de competência de forma que o domínio em princípio reservado ao poder regulamentar seja aberto ao legislador cada vez que ele tenha atentado a um princípio geral do Direito, e sabe-se que esses princípios são muito numerosos”.³⁹⁷

Segundo, entendeu-se que a lei continua sendo ato superior ao regulamento, pois, na sistemática da Constituição de 1958, não se colocou este no mesmo nível da “vontade geral” do povo declarada pelo Parlamento. O fundamento de tal interpretação é que, muito embora a lei tenha sido colocada abaixo da Constituição, após o controle preventivo de sua

³⁹² *Direito Administrativo cit.*, p. 70. Grifos nossos.

³⁹³ CAPPELLETTI, Mauro, *Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 250. Grifos do autor.

³⁹⁴ FAVOREU, Louis, *Débat*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 258.

³⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 249.

³⁹⁶ FAVOREU, Louis, *Les règlements autonomes existent-ils?*, in *Mélanges Burdeau*, Paris: LGDJ, 1977, p. 415.

³⁹⁷ FAVOREU, Louis, *Les règlements autonomes existent-ils?*, *op. cit.*, pp. 415-416.

conformidade à Carta política, ela se torna inconteste, soberana. Diferentemente ocorre com o regulamento. Este, como ato do Poder Executivo, está sempre sujeito ao controle jurisdicional. O regulamento continua subordinado à lei³⁹⁸.

Foi assim que em 1982, jogando uma pá de cal na revolução, o Conselho Constitucional relativizou de vez a separação dos domínios normativos da lei e do regulamento na decisão nº 82-143 DC, de 30 de julho daquele ano, expressamente destacando que uma lei poderia regular matérias fora do escopo do art. 34³⁹⁹. Nesse sentido, a linha divisória entre as competências da lei e do regulamento deixou de ser um problema jurídico a ser decidido pelo Conselho Constitucional e se tornou uma questão a ser definida pela prática política⁴⁰⁰.

A divisão de domínios normativos dos arts. 34 e 37 não implicou revolução, mas apenas uma “uma nova técnica de divisão”, passível de relativização⁴⁰¹. Na verdade, a separação de domínios deixou de ser feita por matéria e passou a ser feita por importância. A repartição horizontal de competências foi substituída por uma “separação vertical de competências”⁴⁰².

Nada obstante a referida flexibilização da separação de domínios, permanece a necessidade de um dualismo, porquanto, conforme Jean Rivero, “*bem entendido, nem tudo*

³⁹⁸ Nas palavras de Jean Rivero: “O mesmo princípio (superioridade da lei em relação ao regulamento) se aplica aos regulamentos emitidos com base no art. 37, em matérias exclusivamente regulamentares. É certo que nesses domínios o Governo estatui com uma liberdade próxima da do legislador, uma vez que, por definição, encontra como este, uma norma escrita acima de si: a Constituição. Mas sua decisão *permanece um acto do poder executivo*, como tal submetido à censura do juiz, que pode sancionar a sua irregularidade e que, por essa via, pôde subordiná-lo ao respeito pelos princípios gerais do direito.

A lei, pelo contrário, se bem que durante a sua elaboração possa ser submetida ao Conselho Constitucional, *escapa a qualquer controlo logo que promulgada*. No seu domínio continua pois a ser um ato soberano, ao passo que o regulamento, mesmo no seu, *nunca possui essa qualidade*: mesmo quando é como a lei incondicionado, *nunca é incontestável*, ao contrário do que acontece com ela”, cfr. RIVERO, Jean. *Direito Administrativo cit.*, p. 72. Destaques nossos.

³⁹⁹ Segundo constou do aresto do Conselho Constitucional francês: “Considerando (...) que se os artigos 34 e 37, alínea primeira, da Constituição estabelecem uma separação entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, o caráter de tais disposições deve ser interpretado tendo-se em conta os artigos 37, alínea segunda e 41; que tanto um como o outro procedimentos têm um caráter facultativo; resultando assim dos artigos 34 e 37, alínea primeira, que *a Constituição não quis tachar de inconstitucionalidade uma disposição de natureza regulamentar contida em uma lei*, mas quis, ao longo do domínio reservado à lei, reconhecer à autoridade regulamentar um domínio próprio e conferir ao Governo, pela execução dos procedimentos específicos dos artigos 37 alínea 2 e 41 o poder de assegurar a proteção de eventuais interferências da lei”. Grifamos. Veja-se o inteiro teor dessa decisão na Internet no endereço <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82143dc.htm>. Acesso em 12.07.2015.

⁴⁰⁰ IANCU, Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 256.

⁴⁰¹ RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 265.

⁴⁰² FAVOREU, Louis, *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 33.

pode estar na lei. Bem entendido, é necessário fazer a separação”.⁴⁰³ Em outros termos, ainda há de se falar na França ser possível uma competência reservada ao regulamento. Do contrário, a norma de 1958 seria totalmente esvaziada. Conclui nesse sentido Louis Favoreu, com afirmação que parece ter sido ouvida, no Brasil, pelos autores da Emenda Constitucional nº 32/2001: “enfim, há um núcleo irreduzível de competência máxima do poder regulamentar: **é a organização e funcionamento interno dos serviços públicos**”.⁴⁰⁴ Tal núcleo constitui efetivo domínio do regulamento, existente em âmbito infenso à lei, numa esfera de reserva de administração⁴⁰⁵.

1.2.3.2.2.1 A reserva de administração.

Faz parte da lógica de um regime estruturado com divisão orgânico-funcional de poderes que existam escolhas que caibam, de forma particular, a cada um deles. Se há espaços compartilhados e interdependentes a demandar cooperação e/ou controle recíproco entre legisladores, administradores e magistrados, existem outros que, pela sua natureza, são atribuídos exclusivamente àquele mais vocacionado a certas decisões. Assim, pode-se dizer que é um reflexo da separação de Poderes as chamadas *reservas*. As mais conhecidas são as reservas de lei⁴⁰⁶, estruturantes, por exemplo, do direito penal (e.g.: o art. 5º, XXXIX, CRFB), e as reservas de jurisdição⁴⁰⁷, como são os casos em que se exige a manifestação do Poder

⁴⁰³ RIVERO, Jean, *Rapport de synthèse*, cit. p. 270.

⁴⁰⁴ FAVOREU, Louis, *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 34.

⁴⁰⁵ Agustín Gordillo, na Argentina, admite com ressalvas a possibilidade do que chama de “regulamentos autônomos” no âmbito da organização administrativa. Entretanto, afasta qualquer argumento de que esses regulamentos possam existir “numa esotérica ‘zona de reserva de administração’”, que, segundo o mesmo, não existe em nenhuma parte do sistema constitucional argentino (*Tratado de derecho administrativo*, T. 1º, Parte General, 7 ed., versão on-line in www.gordillo.com, acesso em 19.08.2003, p. VII-36).

⁴⁰⁶ O “*princípio da reserva de lei significa que há determinadas matérias que só poderão ser tratadas (com maior ou menor detalhamento) por lei, em sentido formal ou material, a depender do que estabelece a Constituição*” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 155).

⁴⁰⁷ Como já consignou o Supremo Tribunal Federal, “[o] *postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’*. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado” (STF, MS 23.452, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 16/09/1999, p. em 12/05/2000).

Judiciário para uma determinada ação (e.g. a proteção do domicílio no art. 5º, XI, CRFB). Em outro ponto, existe também a chamada *reserva de administração*⁴⁰⁸.

Segundo Nuno Piçarra, a reserva de administração só pode ser admitida quando a Constituição estabelece esferas exclusivas específicas em determinadas matérias. Para o autor, não seria possível, a partir da “essência da Administração”, chegar-se a um domínio reservado para a mesma⁴⁰⁹. O princípio da separação de Poderes é por demais abstrato para extrair tamanha construção, sendo que para este autor é insustentável uma pré-compreensão de um núcleo essencial administrativo⁴¹⁰. É “a partir de uma concreta ordenação constitucional de competências (...) que se poderá eventualmente apurar determinadas reservas específicas, absolutas ou relativas”⁴¹¹⁻⁴¹².

Concordamos que é somente diante da Constituição concreta que se revela o princípio da separação de poderes, não sendo correto que este seja determinado *a priori*⁴¹³. Nada obstante, parece-nos correto afirmar que a *separação de Poderes* incorpora um esquema básico voltado a conter o arbítrio, racionalizar e legitimar o exercício do poder político num regime de autogoverno do povo, além de garantir direitos por meio da partilha de funções em razão da especialização e das capacidades institucionais envolvidas. Capacidades essas que podem implicar, por vezes, atividades exclusivas, ou reservadas.

Assim, a separação de Poderes delimitada na Constituição pode sim estabelecer “construção” na qual exista núcleo essencialmente administrativo, porque inerentemente voltado a certas capacidades institucionais⁴¹⁴. De qualquer maneira, a regra geral no Brasil e no Estado contemporâneo é a da vocação hegemônica da lei para dispor sobre todas as

⁴⁰⁸ A propósito, v.: BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. “Legalidade e reserva de Administração: um estudo de caso no direito urbanístico”, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 4, p. 13-26, 2014. V., também, PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, in *O Direito*, primeira parte: 1990, I, (janeiro-março), pp. 325-353; segunda parte: 1990, III e IV (julho-dezembro), pp. 571-601; e SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 487 ss.

⁴⁰⁹ PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, *cit.*, primeira parte, p. 341.

⁴¹⁰ PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, *cit.*, primeira parte, p. 339.

⁴¹¹ PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, *cit.*, primeira parte, p. 342.

⁴¹² CANOTILHO só admite a colocação do problema da reserva de administração se esta for verificada caso por caso, excluindo “a existência de núcleo material firme, semelhante e contraposto à reserva de lei”. Nesse sentido, estatui que é possível que a Constituição estabeleça “reservas especiais de administração”, como, por exemplo, a reserva de execução do orçamento, cfr. o art. 199º, “b”, da Constituição portuguesa. (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra, 2002, p. 734 e 736).

⁴¹³ PIÇARRA, Nuno, *A reserva de administração*, *op. e loc. cit.*.

⁴¹⁴ Nesse diapasão, Paulo Otero pontua que: “A identidade de legitimidade constitucional entre administrar, legislar e julgar determina, nos termos do princípio da separação de poderes, que exista uma reserva de administração ou de função administrativa: trata-se de um espaço próprio e exclusivo de intervenção decisória a favor da Administração Pública, excluído de qualquer imiscuir do legislador e dos tribunais”. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 181.

matérias⁴¹⁵, o que se infere da norma do art. 48, *caput*, da Constituição Federal. Nesse sentido, o legislador até poderá dispor sobre qualquer substância, com elevado nível de detalhamento. Só não será autorizado a esvaziar a possibilidade de atuação do Poder Executivo e da Administração Pública em matérias que são essencialmente administrativas.

Em outras palavras, parece-nos que no Brasil haja espaço para abraçar uma tese de reserva de administração extraível de um princípio da separação de Poderes constitucionalmente fundado que, por vezes, estabelece um universo privativo claro, mas que, em outras oportunidades, deixa espaço para que se extraia a noção de uma lógica concreta de separação de Poderes. Isto é, uma reserva de funções essencialmente administrativas⁴¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a reserva de administração como corolário do da separação de Poderes. Em ADI⁴¹⁷ proposta pelo Governador do Estado de Alagoas, *e.g.*, o STF declarou a inconstitucionalidade de norma, que, dentre outros vícios, invadia esfera privativa da Administração consubstanciada no princípio constitucional da separação de Poderes. No caso concreto, tal norma fora vetada pelo Governador do Estado, tendo sido o veto, posteriormente, rejeitado pela Assembleia Legislativa. Na hipótese, a norma impugnada pretendia desconstituir atos administrativos emanados pelo Poder Executivo. Por isso, foi declarada inconstitucional, pois não cabe ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito à separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais.

1.2.3.2.2.2 A transformação da EC n° 32/2001: O regulamento de organização administrativa como regulamento autônomo reservado.

Entendemos que o regulamento criado pela Emenda à Constituição n° 32/2001 seja exemplo de reserva administrativa⁴¹⁸. Tal foi o objeto central de trabalho por nós publicado há

⁴¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 66.

⁴¹⁶ Por exemplo: entendemos ser caso de reserva de Administração a escolha do particular que pretenda contratar com o Poder Público. Não pode a lei, sob pena de inconstitucionalidade, eleger, *e.g.*, uma determinada empresa “A” para o desenvolvimento de empreitada. A seleção fica reservada à Administração Pública que fará a escolha por meio do procedimento licitatório, ressalvadas as hipóteses legais (art. 37, XXI, da Constituição).

⁴¹⁷ MC ADI n° 2.364-AL, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.01, pub. DJ 14.14.01, p. 23.

⁴¹⁸ Fernando Dias Menezes de Almeida, embora sustente que a hipótese do art. 84, VI, *a* implique reserva de administração, entende que não se trata, exatamente de exercício de atividade normativa, pois tais atos careceriam de generalidade (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Atos administrativos normativos: algumas questões”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226).

10 anos, o qual provocou controvérsias que merecem a nossa atenção⁴¹⁹. Para tanto, retomaremos parte da exposição anterior, para, depois, responder aos críticos que nos honraram ao debater nossas ideias.

(a) A nossa posição: a EC 32/01 criou reserva de regulamento.

O conjunto de alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001 implica a criação de um âmbito de reserva de regulamento, pois, como destaca Floriano Azevedo Marques Neto, “*nestas matérias resta interdita a possibilidade de disciplina por lei*”⁴²⁰.

E o argumento inicial a endossar essa leitura é a dicção que o art. 1º da EC nº 32/01 atribuiu ao inciso VI do art. 84,⁴²¹ retirando o vocábulo *na forma da lei*, que era tido como limitador da edição de regulamentos autônomos no Brasil. Segundo o texto que passou a vigorar, é competência privativa do Presidente da República:

VI - dispor, *mediante decreto*, sobre:
a) a *organização e funcionamento* da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;⁴²²

A exigência literal de que o decreto para fins de organização administrativa fosse editado “na forma da lei”⁴²³ foi apagada. Mas não foi apenas isso. Ao mesmo tempo em que

⁴¹⁹ Especificamente, Clèmerson Merlin Clève e Gustavo Binbenbojm manifestaram-se contrariamente às nossas ideias, conforme será exposto adiante.

⁴²⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Poderes da Administração Pública”, in *Revista de Direito do Estado*, nº 23, 2012, p. 127.

⁴²¹ Na redação original, estabelecia-se como competência privativa do Presidente da República “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*”.

⁴²² A EC nº 32/01 acrescentou, também, ao mesmo inciso, que poderia o Presidente da República extinguir funções ou cargos públicos da Administração Pública federal quando vagos, mediante decreto (alínea “b”, art. 84, VI). Tal atribuição é nova (antes dependia de lei, cfr. a antiga redação do art. 48, X). Anote-se que entendemos que não se trata de uma atribuição regulamentar autônoma, que se define pelo *conteúdo*, mas verdadeira possibilidade de *ato administrativo* de efeitos concretos, que se dará na *forma* de decreto. Não se pode confundir a identidade da forma com a de substância. Deve-se registrar, todavia, que o Decreto nº 4.176/02, de 28.03 (regulamento autônomo, dispoendo sobre a organização da administração federal), que determina diretrizes e normas para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Executivo, estabeleceu no art. 17 (em epígrafe: “decreto autônomo”) que será disciplinada exclusivamente por decreto a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Entendendo que a hipótese é de regulamento autônomo, embora admitindo que se trate de ato de efeitos concretos, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001*, in *Direito regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 573.

Ressalte-se que, evidentemente, a aplicação da norma da alínea “b” do art. 84, VI, deve ser limitada ao âmbito do Poder Executivo, sob pena de se violar a separação de Poderes. Assim, se houver cargo vago no âmbito administrativo do Poder Legislativo, não poderá ser extinto por ato do chefe do Executivo, só sendo possível tal extinção por ato do próprio Poder (cfr. Constituição Federal, artigos 51, IV; 52, XIII). Já quanto ao Judiciário, a extinção de cargo dar-se-á por lei de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais superiores, ou dos Tribunais de Justiça, cfr. art. 96, II, “b”, da Constituição.

⁴²³ É interessante notar que, de acordo com o parágrafo único do art. 84, as atribuições previstas no inciso VI podem ser delegadas aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da

ampliava o espectro normativo desse tipo de regulamento voltado à organização administrativa, o art. 1º da EC nº 32/01 alterava os incisos X e XI do art. 48, retirando competências normativas do Congresso Nacional que foram agora atribuídas ao chefe do Executivo.⁴²⁴

Na mesma linha de reforma, o art. 1º da Emenda em análise também alterou a alínea “e” do inciso II do §1º do art. 61 da Constituição, que trata das iniciativas privativas do Presidente da República.⁴²⁵ Evidentemente, as matérias que agora compõem o feixe de atribuições normativas autônomas do chefe do Executivo estão fora do processo legislativo no Congresso. Logo, não há que se falar em iniciativa legislativa. Por fim, o art. 88 da Constituição foi alterado⁴²⁶ pelo art. 1º da EC nº 32/01, retirando-se da competência do Poder Legislativo o tratamento da estruturação dos Ministérios, além de dispor sobre a mesma forma para os demais órgãos da Administração Pública⁴²⁷.

Pois bem. As alterações enumeradas são profundas e impactam diretamente no princípio da universalidade temática do Legislativo, o que significa que não existe matéria de competência da União que não possa ser tratada pelo Congresso (art. 48, *caput*). É, realmente, assente que a enumeração das atribuições do Congresso Nacional no art. 48 da Constituição é exemplificativa. Assim, poder-se-ia argumentar que a simples retirada dos vocábulos “organização” e “funcionamento” da Administração do art. 48 e a sua previsão no art. 84, VI, “a” não bastariam para retirar o caráter universal da competência legislativa.

União, que observarão os limites traçados na delegação, o que permitirá, *e.g.*, caso haja a delegação e dentro dos seus limites, que um Ministro de Estado trate da organização administrativa federal.

⁴²⁴ Na redação original, estabelecia-se como atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre:

“X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

XI - criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública;”

Segundo a nova redação, é atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre:

“X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, *observado o que estabelece o art. 84, VI, b;*

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.”

⁴²⁵ Na redação original da Constituição, havia iniciativa privativa do Presidente da República para projeto de lei que dispusesse sobre:

“e) criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública”.

A alínea “e” do §1º, inciso II, do art. 61 hoje tem a seguinte redação:

“e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, *observado o disposto no art. 84, VI*”.

⁴²⁶ Redação original:

“Art. 88. A lei disporá sobre a criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios”.

Nova redação:

“Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

⁴²⁷ Cumpre notar que a Emenda apagou do texto constitucional a referência às *atribuições* da Administração e dos Ministérios. Sobre o ponto, remetemos o leitor ao nosso trabalho: CYRINO, André Rodrigues, *O Poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº. 32/01*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 74.

No entanto, não é essa a exegese correta. *Primeiro*, porque o próprio constituinte originário já estabelecera esferas normativas em que o Parlamento não poderia se imiscuir, o que indica que o princípio da universalidade não é absoluto. É assim o caso dos convênios de ICMS regulados pela Lei Complementar nº 24/75, de 07.01. Estabelece o art. 155, §2º, XII, “g” da Constituição, que somente por deliberação dos Estados e do Distrito Federal poderão ser concedidos benefícios fiscais, no que toca ao referido imposto. Essa ressalva exclui a competência dos Poderes Legislativos estaduais, que não poderão estabelecer benefícios fiscais relativos ao ICMS. Há aqui, com efeito, uma reserva de deliberação dos Estados. Uma lei que concede isenção num Estado é inconstitucional, conforme entende o Supremo Tribunal Federal.⁴²⁸

Outra hipótese é a do art. 153, §1º, da Constituição, que estabelece que o Poder Executivo tem a faculdade de alterar, por decreto, as alíquotas dos impostos regulatórios que enumera. Cabe ao Executivo dispor sobre os tributos ditos regulatórios para a boa condução das políticas de importação e exportação, do incentivo à produção industrial e o controle das operações financeiras. Em matéria de regulação econômica no que toca aos tributos, o Estado deve ser rápido e eficiente, tendo o constituinte afastado da competência do Parlamento tal regulação.

Segundo, porque os Poderes Judiciário e Legislativo já gozavam de autonomia em relação à lei no que toca à própria administração e organização⁴²⁹ (art. 51, IV, no que toca à Câmara dos Deputados; art. 52, XIII, relativo ao Senado e art. 96, I, “b”, relativo aos Tribunais). Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirmava antes da edição da EC nº 32/2001, era “lamentável” que o Executivo não gozasse da mesma autonomia organizativa dos outros Poderes⁴³⁰. A mudança se fez bem vinda.

Tal foi, aliás, a interpretação do Decreto (autônomo, pois trata da organização administrativa federal) nº 4.176/02, de 28.03, que traça diretrizes e normas para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de

⁴²⁸ ADI nº 260-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01.07.2002, Tribunal Pleno, pub. DJ 20.09.2002, p. 87 ement. vol. 02083-01, p. 12. V. tb. ADI nº 286-RO, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 22.05.2002, Tribunal Pleno, pub. DJ 30.08.2002 p. 60 ement. vol. 02080-01 p. 1.

⁴²⁹ É assim que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classifica de “regulamentos autônomos ou independentes” (na nossa concepção seriam regulamentos autônomos) os atos normativos do Judiciário e do Legislativo relativos às suas administrações e organizações próprias (*Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 315). FAGUNDES, Miguel Seabra, notando de certa forma o mesmo fenômeno, afirma que os tribunais ao elaborarem seus regimentos internos legislam. (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 36).

⁴³⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, antes da EC nº 32/01, apregoava ser “lamentável” que o Executivo não gozasse da mesma autonomia organizativa dos outros Poderes. (*Direito Administrativo*, 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 88).

projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Executivo. Em seu art. 17, II, esse ato normativo estabeleceu que “serão disciplinadas *exclusivamente* por decreto as matérias sobre (...) organização e funcionamento da administração federal quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgão público”. Isto é: tais matérias de organização e funcionamento, quando não implicarem aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgão público, deverão ser tratadas por decreto presidencial. Decreto que veicula regulamento autônomo em âmbito reservado.

(b) A crítica: a EC 32/01 pouco mudou. A manutenção da universalidade temática da lei.

A tese da criação de uma reserva de regulamento encontrou resistência na literatura. Daremos destaques às críticas formuladas por Clèmerson Merlin Clève e Gustavo Binenbojm, que muito nos lisonjearam ao discordar expressamente de nossas posições.

Segundo Clèmerson Merlin Clève, a EC nº 32/01 não criou espécie regulamentar autônoma. Isso não teria acontecido porque tal tipo de regulamento “*reclama a partilha da competência normativa, tal como ocorre na França*”⁴³¹. Assim, no seu entender, “*o legislador não fica impedido de dispor sobre as matérias elencadas no art. 84, VI. E nesse caso, havendo lei prévia, fica o Presidente da República limitado ao que ela especifica (...) exceto na hipótese da letra ‘b’ em função da qual está o Presidente da República autorizado a extinguir cargo público criado (necessariamente) por lei*”⁴³².

Para Clève, “*o art. 84, VI, da Constituição não apresenta hipótese de regulamento autônomo, mas antes de tipo que fica no meio do caminho entre este e o de execução, muito mais próximo deste do que daquele, o assim chamado regulamento de organização*”⁴³³. E, nesse sentido, o professor paranaense endossa a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem inexistente aqui regulamento autônomo, mas manifestação de “*mera competência para arranjo intestino dos órgãos e competências já criados por lei*”⁴³⁴.

Gustavo Binenbojm⁴³⁵ também rejeita expressamente a concepção de que haveria uma esfera privativa de poder regulamentar. Em primeiro lugar, Binenbojm sustenta que a norma

⁴³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 325.

⁴³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 325-326.

⁴³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 326.

⁴³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 342-343.

⁴³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 173-183.

do art. 84, VI, *a* constitui exceção, logo deve ser interpretada de maneira restritiva⁴³⁶. A seu sentir, mantem-se incólume o princípio geral de universalidade temática legislativa. Para o professor, a interpretação de que a EC nº 32/2001 teria criado uma reserva de administração seria simplesmente inconstitucional. Na sua leitura, o princípio da precedência de lei, enquanto corolário da legalidade, é cláusula pétrea, pois se constitui tanto como um mecanismo de garantia dos cidadãos (art. 60, § 4º, IV, CRFB), quanto como um aspecto inerente ao princípio da separação de Poderes (art. 60, § 4º, III, CRFB). Assim, sugere a interpretação conforme as cláusulas pétreas da Constituição do próprio sentido da EC nº 32⁴³⁷, o que afasta a possibilidade de reserva de regulamentos.

Honrados pelo rico debate, mantemos a nossa posição no sentido de que há efetivamente uma reserva de regulamento criada não apenas pela alteração promovida no art. 84, VI da Constituição, mas pelo conjunto de alterações levadas a efeito pela EC nº 32/2001. Explica-se.

(c) A resposta: a criação de um domínio do regulamento pela EC 32/2001.

Em primeiro lugar, a existência de regulamentos autônomos reservados no Brasil não se baseia numa leitura isolada da nova redação do art. 84, VI da Constituição⁴³⁸, da qual se

⁴³⁶*Ibidem.*, p. 177.

⁴³⁷ *Ibidem.*, p. 178.

⁴³⁸ É verdade, porém, que a dicção desse dispositivo foi crucial para a modificação doutrinária havida após a promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, na vigência da Carta pretérita, o dispositivo similar (art. 81, V da Emenda Constitucional nº 1 de 1969) não possuía a locução *na forma da lei*. Àquela época, diversos autores sustentaram a possibilidade de regulamentos fundados em tal dispositivo, o qual teria caráter autônomo (reservado ou não). Nesse sentido, José Afonso da Silva dizia que: “regulamento autônomo não é regulamento ilegal, se se limitar à esfera de competência própria e privativa do administrador (...) a competência para expedir regulamentos autônomos de organização (Constituição, art. 81, V) só é admissível nos casos em que a própria Constituição não tenha reservado à lei a específica organização de determinada instituição.” (*Curso de direito constitucional positivo*, 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 572). Todavia, diante da redação original atribuída pelo constituinte de 1987-88 ao art. 84, VI, o entendimento que se tornou prevalecente foi o de que não haveria mais, no Brasil, regulamentos autônomos. Ver, por exemplo, o próprio José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional positivo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 427. Também mudou de opinião: GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 95. Maria Sylvania Zanella Di Pietro destacou, justamente, referida mudança de redação para dizer que inexistiria o regulamento de organização na Constituição de 1988 (*Direito Administrativo*, 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 88).

Após a edição da EC nº 32/2001, por outro lado, diversos daqueles autores voltaram a defender tal espécie regulamentar Di Pietro, por exemplo, diz que “[c]om a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a [do art. 84, VI da CRFB/88]. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, b). Portanto, no direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI, com redação dada pela Emenda Constitucional nº32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 92). Diógenes Gasparini, no entanto, apesar de reconhecer que a Emenda Constitucional nº 32 trouxe a figura do regulamento autônomo, não acredita que haja “espaço no ordenamento” para essa modalidade de regulamento. GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p.115

extraiu a locução *na forma da lei*. O constituinte reformador foi muito além disso, e alterou, repise-se:

(i) o art. 48, retirando do texto dos incisos X e XI aquelas competências normativas do Congresso Nacional de organização e funcionamento da Administração Pública que foram agora atribuídas ao chefe do Executivo;

(ii) a alínea “e” do inciso II do §1º do art. 61, que trata das iniciativas privativas do Presidente da República; e

(iii) o art. 88, retirando-se da competência do Poder Legislativo o tratamento da estruturação dos Ministérios, além de tratar da mesma forma os demais órgãos da Administração Pública.

O desígnio das alterações textuais é nítido. Quis-se o afastar da deliberação do Congresso aquelas matérias que agora são atribuições normativas autônomas do chefe do Executivo. O assunto *organização e funcionamento da administração pública, quando isso não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargo público*, não consta mais das competências expressas de deliberação do legislador (mudanças dos artigos 48, 61 e 88). Por outro lado, sem a ressalva *na forma da lei*, aprofundou-se no feixe de competências exclusivas do Poder Executivo (art. 84, VI, a).

e p. 118. Por fim, José Afonso da Silva irá dizer que a modalidade de regulamento autônomo tal como prevista no direito estrangeiro não foi adotada no direito brasileiro. Em edição mais recente de seu clássico livro, ele diz que na verdade se trata de um regulamento de organização, o qual seria uma forma limitada de regulamento autônomo, trazido pela Emenda Constitucional nº32 (DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 426).

Destaca-se que Floriano Azevedo Marques Neto e Fernando Dias Menezes de Almeida sustentam que o disposto no art. 84, VI, a implica reserva de administração (Cfr.: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Poderes da Administração Pública”, in *Revista de Direito do Estado*, nº 23, 2012, p. 127; e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Atos administrativos normativos: algumas questões”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226).

Registre-se que, na vigência da Carta de 1969, além de José Afonso da Silva, admitiam a possibilidade de “regulamento autônomo”: Clenício da Silva Duarte (*Os regulamentos independentes*, RDP n. 16, p. 93: tratando como sinônimos regulamentos independentes e autônomos); Carlos Roberto de Siqueira Castro (*O Congresso e as delegações legislativas*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 127: tratando como sinônimos os regulamentos autônomos e independentes); Diogenes Gasparini (*Poder regulamentar*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 77), Sérgio Ferraz (*Regulamento, in 3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 119: que reconhecia, inclusive, regulamentos reservados); Sérgio de Andréa Ferreira (*Direito administrativo didático*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 62-64: admitindo regulamentos reservados); Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição brasileira*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 373: admitindo a reserva de regulamento); Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo brasileiro*, 13 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 138), dentre outros.

Ao lado do elemento lexical, soma-se o argumento lógico-sistemático. No arranjo criado pelo constituinte derivado, a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da Administração Pública quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgão público deixou de constar da lista taxativa do art. 61, CRFB.

De fato, a EC nº 32/01 retirou do rol de matérias reservadas à iniciativa da Chefia do Poder Executivo, aquelas relacionadas ao art. 84, VI, *a*, CRFB. Antes da Emenda, além da *criação*, era de iniciativa privativa do presidente o projeto de lei que dispusesse sobre *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos administrativos. Na redação atual, o poder de iniciativa limita-se à “*criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública*”, devendo ainda ser “*observado o disposto no art. 84, VI*”. Vale dizer: não é mais iniciativa privativa da Presidência, na nova sistemática, o projeto que queira estruturar a Administração Pública. Tal compete ao regulamento, conforme o art. 84, VI, *a*. Se não competisse, indaga-se: de quem seria a iniciativa para projetos de lei sobre organização e funcionamento da Administração? Os parlamentares poderiam apresentar projetos de leis com esse conteúdo? É evidente que não.

Não seria lógico que se permitisse aos parlamentares a competência de iniciativa legislativa para a organização da Administração no âmbito do Executivo. A racionalidade da Constituição é a de que cada Poder cuide de sua organização, inclusive no que se refere às iniciativas de lei. Nesse sentido, a interpretação pela competência comum seria incompatível com o disposto no art. 84, II, da Constituição, pois o Legislativo, por meio de lei, poderia organizar a Administração, juntamente com o Presidente. Isso sem mencionar que tal interpretação por uma competência de iniciativa comum implicaria concluir que existiria reserva de iniciativa implícita, o que é um contrassenso diante do caráter exaustivo do art. 61 da Constituição⁴³⁹. A alteração do art. 88 deixa ainda mais evidente a tese aqui esposada: a organização e o funcionamento dos Ministérios, órgãos da Administração Pública federal, quando inexistir incremento de despesa, não são mais matérias de lei, mas de regulamento.

O elemento histórico de interpretação corrobora o argumento. A *uma*, porque a Emenda Constitucional nº 32/2001, como um todo, voltou-se à redefinição da capacidade

⁴³⁹ Conforme o Min. Eros Grau: “As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da CB – matérias relativas ao funcionamento da administração pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes” (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJE de 15-8-2008.) O STF se manifestou no mesmo sentido em precedente anterior: STF, Pleno, ADI-MC nº 724/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 27.4.2001. Veja-se trecho do voto: “A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. - A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que - por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo - deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca”.

normativa do Poder Executivo⁴⁴⁰. No Congresso Nacional e na opinião pública, havia um incômodo geral com a edição de medidas provisórias e viu-se, na emenda, uma possibilidade de que se estabelecesse um novo compromisso, que implicou, de um lado, a consagração de uma série de limites às MPs, e, de outro lado, a abertura a uma nova espécie normativa antes barrada pelo Constituinte de 1988.

A *duas*, porque se buscou, justamente, o texto utilizado na vigência da Carta de 1969, o qual foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para o poder regulamentar autônomo da Presidência da República. De fato, o STF analisou o referido art. 81, V, da Carta anterior, entendendo pela possibilidade de regulamento autônomo de organização administrativa. Na Representação nº 1508-4, julgada em 29.09.1988, seis dias antes da promulgação da Constituição de 1988, arguia-se a inconstitucionalidade do Decreto nº 406, de 16.11.1987, do Mato Grosso, que, sem fundamento legal, alterava a estrutura organizacional de órgãos da Administração direta e indireta.⁴⁴¹ Em seu voto, o relator Min. Oscar Corrêa parece adotar a tese da possibilidade de regulamento autônomo no sentido que aqui esboçamos, muito embora não tenha deixado claro se admite ou não reserva de regulamento organizativo. De todo modo, o Min. Oscar Corrêa registrou, valendo-se do parecer da Procuradoria-Geral da República, aprovado pelo então Procurador-Geral, Sepúlveda Pertence, que não há “*dúvidas sobre a legitimidade do decreto autônomo interno. Tem ele por fonte direta a própria Constituição e se faz lícito, numa compreensão sistemática da Carta Magna, desde que não invada matéria objeto de reserva de lei, desde que não interfira com os direitos individuais dos cidadãos e não importar aumento de despesa*”.

Em suma, estamos convencidos de que houve alteração do princípio da universalidade temática do Parlamento. Criou-se, no Brasil, um domínio do regulamento. Pelo menos esse foi o intuito do constituinte derivado. Intuito esse compatível com as cláusulas imutáveis da

⁴⁴⁰ “A EC 32/2001 pode ser apontada como a *Emenda da Reforma da Atividade Normativa*, inobstante tenha ganhado fama por reformular a dinâmica da medida provisória. Na verdade, a nova redação do art. 62 da Constituição Federal para dispor sobre o funcionamento da medida provisória é apenas uma parte da Emenda Constitucional 32/2001. Também foram modificados preceitos constitucionais com a finalidade última de fortificar o poder de agenda do Executivo no processo legislativo. São os casos do art. 64, § 2º, da Constituição – que determinou o sobrestamento das deliberações das Casas Congressuais caso projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, em que se tenha solicitado urgência, não tenha sido apreciado em até 45 dias – e do art. 66, § 6º, pelo qual veto do Presidente da República deve ser colocado na ordem do dia da sessão imediata caso não seja apreciado dentro do prazo constitucional de 30 dias pelo Congresso Nacional.” (Cfr. PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 84).

⁴⁴¹ O referido decreto extinguiu órgãos e criava outros que absorviam suas atribuições, ou que simplesmente funcionavam, internamente, para a instrumentalização das mudanças. Além disso, modificava vinculações entre órgãos e estabelecia regras de remanejamento de servidores dos órgãos extintos.

Constituição, notadamente a precedência de lei e a separação de Poderes. E há várias razões para isso.

A primeira relaciona-se ao fato de que as cláusulas pétreas são mecanismos excepcionais de contenção do constituinte derivado e merecem ser lidas – essas sim – com cautela e de forma restritiva. Primeiro, porque se destinam a limitar o poder de maiorias qualificadas. Logo, a envergadura que se atribua a tais cláusulas será inversamente proporcional ao princípio – igualmente pétreo – da democracia. Segundo, porque um discurso forte de imutabilidade é um primeiro passo para o próprio fracasso de qualquer projeto constitucional. A Constituição não pode parar a história. Ela precisa ser capaz de se adaptar⁴⁴².

Nesse diapasão, uma interpretação ampliativa dos preceitos imutáveis conduziria o País à estagnação, como se o que pensavam os constituintes de 1988 fosse sempre a melhor opção para as gerações futuras⁴⁴³. Quanto a esse problema, Canotilho menciona a perplexidade de Thomas Jefferson, que se perguntou: “uma geração de homens tem o direito de vincular outra?”⁴⁴⁴. E segue o professor de Coimbra respondendo à questão: “A resposta tem que tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa”⁴⁴⁵. E conclui que “nunca uma geração fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras”⁴⁴⁶.

No caso específico dos princípios da separação de Poderes e da legalidade, é de se anotar, ainda, que se trata de normas em constante evolução. Não se pode congelar a

⁴⁴² Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “a Constituição é um documento que aspira à permanência, mas não à perenidade” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62).

⁴⁴³ A propósito, Rodrigo Brandão defende uma interpretação das cláusulas pétreas que seja condizente com o princípio democrático, de modo a que se evite um *governo dos mortos sobre os vivos*. Nesse sentido, o Poder Judiciário deve ser cauteloso no controle de emendas à Constituição. Em suas palavras: “caso o Judiciário não limite a sua atuação no controle da constitucionalidade das emendas à tutela das condições da democracia, a sua intervenção qualificar-se-á como antidemocrática, instituindo verdadeiro ‘governo dos mortos sobre os vivos’, pois manterá a maioria atual vinculada a um modelo de sociedade estabelecido pela geração constituinte. (...) Os efeitos maléficos da preservação pelo Judiciário de uma constituição que não mais condiz com os desígnios dos vivos são previsíveis: descumprimento sistemático da constituição ou ruptura institucional, com repercussões deletérias sobre a sua força normativa e sobre a segurança jurídica, respectivamente” (BRANDÃO, Rodrigo. “Rigidez constitucional e pluralismo político”, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 5, 2008, p. 119).

⁴⁴⁴ *Apud* CANOTILHO, José J. Gomes, *op. cit.*, p. 1049.

⁴⁴⁵ CANOTILHO, José J. Gomes, *op. cit.*, p. 1049.

⁴⁴⁶ CANOTILHO, José J. Gomes, *op. e loc. cit.*

separação de Poderes ao “*Espírito das Leis*” de Montesquieu⁴⁴⁷. O mesmo se diga da legalidade, em constante evoluir, como já mencionado, diante das transformações por que passa o Estado contemporâneo. É por isso que Jorge Miranda destaca que os preceitos imutáveis “têm de merecer uma interpretação objectiva e actualista”⁴⁴⁸. É nesse sentido que o STF pontua que:

as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, *não significam a intangibilidade literal* da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege⁴⁴⁹

É importante destacar que não se nega a necessidade das cláusulas imutáveis. Muito pelo contrário. Reconhece-se a sua exigência como forma de garantia do cumprimento da missão do constitucionalismo contemporâneo, notadamente a garantia dos direitos das minorias. Sempre haverá dificuldade na ponderação entre a possibilidade de reforma da Constituição e a amplitude dos postulados pétreos. Por outro lado, deve-se levar em conta, que uma Constituição que pretenda perdurar no tempo terá, como condição da própria continuidade, a possibilidade de ser modificada e adaptada a um novo contexto. Daí se dizer que “a função do poder de revisão não é fazer novas Constituições, mas ao inverso: guardá-las e defendê-las propiciando a sua acomodação a novas conjunturas”⁴⁵⁰.

Enfim, na verdade, parece-nos que a EC nº 32/2001, muito longe de atingir o núcleo essencial da separação de Poderes, reforça esse princípio, porquanto o Executivo era o único poder que não tinha autonomia normativa para a sua própria organização⁴⁵¹⁻⁴⁵²

Outro argumento usado contra a tese de que a EC nº 32/2001 teria criado regulamentos autônomos foi o de que o texto constitucional manteve a reserva de lei para a criação de órgão público, o que abrangeria a própria organização e funcionamento do mesmo. Tal é a posição

⁴⁴⁷ A propósito: ACKERMAN, Bruce. “Adeus Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelles e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 265, 2014, pp. 13-23.

⁴⁴⁸ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 419.

⁴⁴⁹ Medida cautelar na ADI nº 2.024-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.10.1999, DJ 01.12.2000, p. 70. Entendendo expressamente que as alterações na EC 32/01 não violam a cláusula pétrea da proteção às garantias e aos direitos individuais (art. 60, § 4º, IV, da Constituição): AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001*, in *Direito regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 575.

⁴⁵⁰ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 414.

⁴⁵¹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, antes de EC 32/01, apregoava ser “lamentável” que o Executivo não gozasse da mesma autonomia organizativa dos outros Poderes (*Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 88).

⁴⁵² É assim que OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO classifica de “regulamentos autônomos ou independentes” (na nossa concepção seriam regulamentos autônomos) os atos normativos do Judiciário e do Legislativo relativos à suas administrações e organizações próprias (*Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 315).

de Carlos Ari Sundfeld⁴⁵³, que rejeita a figura dos regulamentos autônomos, reservados ou não. Em suas palavras, “*se a definição da estrutura básica da Administração continua nas mãos da lei (art. 37, XIX e XX, e art. 48), os regulamentos de organização e funcionamento devem se conformar a esse estrutura*”⁴⁵⁴.

De fato, quem cria um órgão, necessariamente disporá, em algum nível, sobre a sua organização. Mas isso não significa que o criador possa substituir, por inteiro, o espaço da criatura. Nesse sentido, em que pese à vigência da regra de que a criação de órgão público ainda dependa de lei, parece-nos que, nos aspectos em que não haja aumento de despesa, a matéria será essencialmente administrativa e não poderá ser tratada por lei. O princípio da preferência, dessa forma, ganhou uma janela. Um espaço para o regulamento, como forma de equilibrar os poderes da república e manter as capacidades de auto-organização da Administração Pública. Nas normas de criação, é evidente, haverá aspectos organizativos. Mesmo assim, não nos parece que tais leis possam implicar o esvaziamento da capacidade de auto-organização administrativa. A mesma lei que não pode retirar a capacidade de organização administrativa dos Tribunais, para que não se faça letra morta do art. 96, I, não pode imiscuir-se nos assuntos intestinos da Administração Pública.

Afinal, como o próprio Gustavo Binbenbojm reconhece para atos concretos da Administração Pública, “[H]á determinadas matérias que devem ser tratadas apenas em âmbito infralegal, pois envolvem expertise e capacidade institucional próprias do administrador público. Tal constatação decorre da própria cláusula de separação de Poderes (art. 2º, CRFB), sendo vedado ao Poder Legislativo se imiscuir nessa seara, sob pena de indevida interferência em uma das funções típicas do Poder Executivo”⁴⁵⁵. Nessa toada, admitir reserva de administração – e mesmo a de regulamento – vai ao encontro do princípio da eficiência (art. 37, CRFB), afastando-se custos legislativos desnecessários, e mantendo no Poder Executivo assuntos que lhe são inerentes. Mais que isso, o que ficará mais claro na Segunda Parte, admitir reserva de administração para regulamentos de organização evita custos de transação desnecessários, sabendo-se que as matérias passíveis de serem tratadas por meio do art. 84, VI, *a* não causam maiores impactos com direitos fundamentais ou mesmo com o funcionamento da democracia. Trata-se de válvula de escape que diminui custos, sem incrementar riscos, devendo ser admitida.

⁴⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 257.

⁴⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 257.

⁴⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3ª ed., op. cit., p. 154.

O Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu de forma clara sobre a existência de regulamentos autônomos reservados, conforme exposto acima, após a edição da EC nº 32/2001. Mas são dignos de registro alguns precedentes.

O primeiro foi o julgado na ADI nº 2.564, em 08.10.2003, sob a pena da Min. Ellen Gracie⁴⁵⁶. Em tal caso, o Partido Comunista do Brasil impugnou o Decreto nº 4.010, de 12 de novembro de 2001, que, de acordo com o seu preâmbulo, veiculou regulamento fundado no art. 84 IV e VI, *a* da Constituição. O conteúdo do decreto foi o de cometer ao Min. de Estado de Planejamento Orçamento e Gestão a competência de “*mandar processar a folha de pagamento dos servidores da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, após liberação de recursos para o respectivo pagamento, mediante expressa autorização do Presidente da República*”.

Dentre os argumentos do PC do B, constava uma violação ao princípio da reserva de lei, dizendo-se que tal definição, que esvaziava competência de outros Ministérios e centralizava atribuições no Ministério do Planejamento, deveria ter sido encaminhada ao Congresso Nacional, por Projeto de Lei. A tese não prosperou. Segundo a Min. Ellen Gracie, no que foi acompanhada por todos os Ministros presentes no plenário, após a EC nº 32/2001, a questão regulada no decreto não precisa passar pelo crivo do Congresso Nacional. Vale dizer: como o decreto não implicava aumento de despesa, tampouco criação ou extinção de órgão público, ele perfeitamente se subsumia ao art. 84, VI, *a*, CRFB, sendo *decreto autônomo*, como destacado pelo Min. Gilmar Mendes durante o julgamento.

A relatora não enfrentou a questão de a matéria em questão ser sujeita a uma reserva de administração, de modo que o ponto não foi decidido. Todavia, o Min. Carlos Ayres Britto, durante o julgamento, fez questão de indagar se teria sido editada lei sobre o assunto. Ao que a relatora esclareceu que não, o Min. Carlos Britto confirmou seu voto. Vale dizer: implicitamente, o Min. Ayres Britto parecia rejeitar a reserva.

Também da relatoria da Min. Ellen Gracie, na ADI nº 3.254, julgada em 16.11.2005, o Governador do Estado do Espírito Santo impugnou a validade da Lei nº 7.755/2004, promulgada pela Assembleia Legislativa deste mesmo ente federativo, por iniciativa parlamentar. Tal estatuto estabelecia “normas para a realização da baixa de veículos sinistrados com laudo de perda total”, além de estabelecer regras “sobre os procedimentos para o desmanche destes veículos”. No bojo de tais regras procedimentais, a lei atacada criava atribuições ao DETRAN local. Dentre as teses de inconstitucionalidade, o Governador

⁴⁵⁶ STF, ADI nº 2.564, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 08.10.2003, DJ 06.02.2004.

sustentou que o Poder Legislativo invadira competências normativas da Chefia do Poder Executivo. Especificamente: tanto aquela de iniciativa (art. 61), quanto a de estabelecer regras sobre organização e funcionamento da Administração Pública, na forma do art. 84, VI, *a*, CRFB.

Em seu voto, a Min. Ellen Gracie, seguida pelo plenário, concluiu que, de fato, o Poder Legislativo foi além do que autoriza a Constituição. Entretanto, a ministra consignou que a questão poderia ter sido tanto objeto de lei, quanto de regulamento. Em suas palavras, “[É] indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (*mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto*) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação” (grifou-se).

Uma leitura rápida poderia levar a concluir que essa teria sido uma rejeição à possibilidade de reserva regulamentar. O STF estaria sinalizando que a questão pode vir por meio de decreto *ou* projeto de lei. Isso não nos parece correto. E a razão é que as matérias constantes da legislação estadual atacada dispunham não apenas dos assuntos listados no art. 84, VI, *a*, mas também de aspectos que implicavam efetivo aumento de despesa e criação de novas atribuições com efeitos externos. Isto é: estava-se além da mera organização e funcionamento da Administração Pública a que se refere a norma criada pela EC n° 32/2001, de modo que, efetivamente, seria necessária a edição de lei para boa parte dos temas relacionados no estatuto do ES⁴⁵⁷. Em outras palavras: a questão da reserva de regulamento e seus limites não foi efetivamente apreciada.

Há outros julgados que caminham em sentido parecido⁴⁵⁸. Sem embargo, nenhum enfrenta explicitamente a questão da reserva de regulamento⁴⁵⁹. Na verdade, há um julgado, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, em que o STF chega a sustentar a existência de reserva de administração no art. 84, VI, *a*, CRFB, mas, na sequência, menciona que a hipótese também seria de violação à iniciativa privativa da Presidência da República, o que deixa em

⁴⁵⁷ STF, ADI n° 3.254, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16.11.2005, DJ 02.12.2005.

⁴⁵⁸ V., por exemplo, STF, ADI n° 3.232, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2008, DJE de 03.10.2008.

⁴⁵⁹ V. ADI n° 2.857, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30.08.2007, DJ de 30.11.2007, cuja ementa é a seguinte: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 6.835/2001 do Estado do Espírito Santo. Inclusão dos nomes de pessoas físicas e jurídicas inadimplentes no Serasa, Cadin e SPC. Atribuições da Secretaria de Estado da Fazenda. Iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa. Inconstitucionalidade formal. A Lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da administração estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de decreto do chefe do Poder Executivo (...). Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada.”

aberto a questão⁴⁶⁰. Refere-se ao decidido na ADI nº 2.707, em 2006⁴⁶¹, em que o relator consignou em seu voto que:

se se considerar que a criação de Comissão Executiva não gera aumento de despesa, a Assembleia Legislativa terá atuado em área de cuja regulamentação o Poder Executivo possui completa autonomia para tratar, inclusive por decreto. Se, ao contrário, se considerar que a criação de Comissão gera aumento de despesa, aplica-se ao caso a reserva de iniciativa. Noutras palavras, os dispositivos atacados são inconstitucionais, seja por aplicação do art. 84, VI, seja por aplicação do art. 61, § 1º, II, e, ambos da Constituição de 1988

A questão da viabilidade de regulamentos reservados deverá ser efetivamente enfrentada no seio da ADI nº 2.601, originariamente sob a relatoria do Min. Carlos Velloso, mas hoje com o Min. Ricardo Lewandowski. O feito aguarda julgamento desde 2014. Seu objeto inclui a alteração da Lei da CVM por meio de Decreto, o que apenas seria viável se fosse entendido que a EC nº 32/01 promoveu a modificação do grau hierárquico de assuntos relacionados à organização e ao funcionamento da Administração Pública federal, criando um domínio do regulamento. Isto é: de uma deslegalização por norma constitucional dos assuntos agora constantes da alínea *a* do art. 84, VI, CRFB. Como já expusemos, não nos parece que todas as alterações da lei da CVM por meio de decreto sejam constitucionais⁴⁶². Todavia, o julgamento de tal ADI poderá esclarecer limites para os regulamentos autônomos e a viabilidade de que sejam eles editados em âmbitos reservados, inclusive por força de emenda constitucional deslegalizadora⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Juliana Bonacorsi de Palma entende que o precedente indica a aceitação, pelo STF, de uma reserva do regulamento autônomo previsto no art. 84, VI, *a* (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 86). Não nos parece que seja assim.

⁴⁶¹ STF, ADI nº 2.707, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15.02.2006, DJ 12.05.2006, p. 4.

⁴⁶² Como já registramos, apesar de entendermos ser possível a revogação de leis por regulamentos autônomos, no âmbito de suas “matérias reservadas”, entendemos que, no caso da Lei da CVM, extrapolou-se, em alguns dispositivos, o poder regulamentar previsto no art. 84, VI, *a*, eis que se estabeleceu, por decreto, *e.g.*, até mesmo sanções (v. CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 166).

⁴⁶³ A nossa interpretação é a de que a EC 32/01, quando promulgada, implicou uma nova recepção de normas legais pretéritas que dispusessem sobre organização e funcionamento da administração pública, quando isso não implicar aumento de despesa. Isto é: que operou uma deslegalização, tal como ocorreu na França, com a Constituição de 1958. Assim, as leis do passado que adentrassem questões de organização e funcionamento, ressalvado o aumento de despesa e criação ou extinção de órgão público, tornaram-se efetivamente decretos. Podendo, portanto, ser revogadas por atos do Poder Executivo. É o mesmo raciocínio que o Supremo Tribunal Federal fez para leis nominalmente complementares, mas que dispunham sobre questões de leis ordinárias. Tais leis complementares apenas no nome, podem ser revogadas por lei ordinária (v. STF, AI nº 702.533, cuja ementa consignou que: “Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais (...) A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721(...). (STF, AI nº 702.533 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02.04.2013, DJe 26.04.2013).

1.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema das delegações na vigência da Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal nunca foi claro para delinear a distinção entre poder regulamentar e delegações legislativas. A aversão geral ao vocábulo delegação norteia, há muito tempo, os acórdãos da Corte⁴⁶⁴. Aceitam-se regulamentos, ainda que bem alargados, mas são afastadas delegações⁴⁶⁵. Uma repulsa ainda presente na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁶, de cuja análise se pode concluir que, na verdade, por vezes, trata-se de uma simples questão de nomenclatura, pois inexistente distinção relevante entre o que seja delegação e regulamentação. O objetivo desse capítulo é apresentar um panorama da casuística do STF na vigência da Constituição de 1988, buscando sublinhar as dificuldades do Tribunal para definir onde termina o poder regulamentar e começa a delegação legislativa.

O primeiro caso digno de menção é o do julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.668,⁴⁶⁷ em que o STF apreciou a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) que atribuem funções normativas à Agência Nacional de

⁴⁶⁴ Conforme Carlos Maximiliano, na vigência da Constituição de 1946, o STF tendia a declarar a inconstitucionalidade norma que dissesse: “O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas”. Reconhecia como constitucional, porém, norma que dissesse: “Fica o Poder Executivo autorizado a dar novo regulamento ou reorganizar o Ensino Superior sobre as seguintes bases: art. 1º - Só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; art. 2º etc.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 411).

⁴⁶⁵ Nas palavras do Min. Celso de Mello: “A excepcionalidade da delegação legislativa – que traduz delegação jurídica derogatória do postulado da divisão funcional do poder (CF, art. 2º) – acha-se claramente enfatizada pela norma inscrita no art. 25, I, do ADCT/88, que extinguiu a eficácia de todos os dispositivos legais que houvessem atribuído ou delegado a órgão do Poder Executivo competência para, em caráter primário, exercer prerrogativas inerentes à atribuição parlamentar de legislar” (cf. voto apresentado nos autos da ADI 1.296 MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14.06.1995, DJ 10.08.1995). O ato normativo atacado era Lei nº 11.205/1995 do Estado de Pernambuco, que autorizara o Governador a conceder benefícios fiscais por decreto, inclusive concedendo isenções e redução da base de cálculo, agredindo, segundo o STF, não só o princípio de indelegabilidade, mas a reserva de lei específica prevista no § 6º, do art. 150 da Constituição.

⁴⁶⁶ Em escorço histórico, Juliana Bonacorsi de Palma mostra que isso não é algo recente. Na vigência da Constituição de 1946, por exemplo, em que havia texto expresso vedando delegações, o STF, em diversos casos, desenvolveu racionalidade voltada a rejeitar a caracterização de uma delegação, mas aceitar que a hipótese é na verdade de regulamentação (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, pp. 62-63). Juliana de Palma aponta como *leading case* desse processo o RE nº 12.393, julgado em 1952, sob a relatoria do Min. Luiz Galloti. O caso envolvia a delegação feita, pela CLT, ao Ministério do Trabalho, para a fixação e prazo para adaptação de estabelecimentos comerciais às normas de higiene e segurança no trabalho (art. 917 da CLT). Dois trabalhadores, a despeito do prazo que foi então fixado pela Administração, buscaram, em juízo o recebimento de verba de insalubridade. Segundo o STF ao julgar o caso, “não se trata verdadeiramente de delegação, mas de um daqueles casos em que a própria lei, para ser bem executada, necessita deixar certa margem ao Poder Executivo quanto ao prazo para prosseguimento dos requisitos necessários ao seu cumprimento” (conforme citado por PALMA, Juliana. *Op. cit.*, p. 62).

⁴⁶⁷ Confira-se a ementa: “COMUNICAÇÕES - LEI GERAL Nº 9.472/97 – CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão” (ADI 1668 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. 20.08.1998, DJ 16.04.2004).

Telecomunicações – ANATEL. Dentre os parâmetros de controle, destacavam-se o princípio da legalidade e a norma que veda as delegações legislativas decorrente do art. 25, ADCT.

No julgamento da medida cautelar, a Corte deferiu em parte a medida, para estabelecer interpretação conforme a Constituição dos incisos IV e X do art. 19 da LGT⁴⁶⁸. Segundo consignado no acórdão: “*a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado*”. Além disso, quanto inciso II do art. 22⁴⁶⁹, LGT, a Corte estabeleceu interpretação conforme a Constituição, “*com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência*”. No voto do Min. Sepúlveda Pertence, ficou, ainda, registrado que “*nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente às normas de segundo grau, de caráter regulamentar que o Presidente da República entenda baixar*”. O Supremo, porém, não aprofundou a interpretação do fundamento desse poder normativo, deixando de enfrentar se houve ou não delegação.

Sem embargo, o que se pode dizer com tranquilidade é que o STF fez questão de sublinhar a manutenção da primazia da lei perante a função regulamentar da autarquia. Nada obstante, na prática, tais ressalvas não impediram a transferência de significativas capacidades normativas à ANATEL. Isto é: a exegese do Supremo Tribunal Federal não banuiu a possibilidade de que o legislador, por escolha própria, tal como feita no âmbito da LGT, simplesmente *decida por não decidir*, e deixe o problema para o Administrador Público. Disso decorreu uma alargada atribuição criativa da agência, que estabeleceu expressiva parte dos marcos regulatórios dos serviços de telecomunicações. Seria ingênuo sustentar, *e.g.*, que o regime do serviço de telefonia fixa não seja regido, essencialmente por normas da Administração Pública e não pela lei. E isso porque o legislador assim quis. Isto é: resolveu por deixar as questões relacionadas às telecomunicações no âmbito das decisões da Administração Pública (Presidência da República e ANATEL⁴⁷⁰).

⁴⁶⁸ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; (...) X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;”.

⁴⁶⁹ “Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;”.

⁴⁷⁰ A propósito da partilha de competências em questão, v. BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. “Entre a política e a expertise: a repartição de competências entre o Governo e a ANATEL na Lei

O mesmo tipo de raciocínio pode ser vislumbrado no caso em que se apreciou a validade de normas relativas ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT)⁴⁷¹. Em tal oportunidade, o STF admitiu, mesmo no âmbito tributário, que a lei deixasse para o regulamento a complementação de conceitos de baixa densidade normativa, porquanto isso não significaria ofensa ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição). Nas palavras do Min. Carlos Velloso: “*Em certos casos (...) a aplicação da lei, no caso concreto, exige aferição de dados e padrões. Nesses casos, comete ao regulamento essa aferição*”. E continua asseverando que não há que se falar, “*em casos assim, em delegação pura, que é ofensiva ao princípio da legalidade genérica (art. 5º, II, da Constituição) e da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição)*”.

Discutia-se, especificamente, a possibilidade de o art. 22 da Lei nº 8.212/1991⁴⁷² deixar em aberto a definição do que seriam “atividade preponderante” e “grau de risco leve”, o que permitiu que o Poder Executivo os definisse. Realmente, o elastério semântico dessas locuções permite amplificada ação normativa ao Presidente da República, sendo possível

Geral de Telecomunicações”, in *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, vol. 04, 2008.

⁴⁷¹ STF, RE nº 343.446-SC, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 20.03.2003, DJ 04.04.2003, p. 40. Veja-se a ementa do julgado: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido.

⁴⁷² “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Vide Medida Provisória nº 680, de 2015)

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

indagar até que ponto os *standards* legislativos eram suficientes perante as exigências do princípio da legalidade. Entendeu-se que sim. Julgou-se legítimo que o legislador permitisse que o Poder Executivo indicasse o sentido concreto das expressões “atividade preponderante” e “grau de risco leve”, o que teria implicações na definição da própria obrigação tributária, sem que isso levasse, na leitura do STF, a uma violação ao princípio da legalidade.

O caso das leis penais em branco⁴⁷³ heterogêneas⁴⁷⁴ também ilustra o quadro de indefinição sobre os limites das delegações legislativas na jurisprudência. Refere-se a leis com tipos penais que conterão complementação de fonte legislativa diversa daquela que a criou. É o caso, por exemplo, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), cujo art. 28 prevê expressamente que o seu complemento, com a indicação do próprio conceito de droga ilícita, será editado pela Administração Pública.⁴⁷⁵ Assim, o tráfico de maconha só é crime, porque a ANVISA definiu essa erva como droga ilegal. Existe forte crítica doutrinária sobre essa estratégia legislativa de reenvio da definição de condutas criminosas⁴⁷⁶. Para os seus críticos, a proliferação dessas medidas incorporam um processo de *administrativização* do direito penal, que afasta os representantes do povo da definição da *ultima ratio*⁴⁷⁷. A despeito dessa censura, a prática referendou as leis penais em branco, com o apoio da jurisprudência do STJ⁴⁷⁸ e do STF, que, embora não tenha enfrentado a questão diretamente, acabou por pragmaticamente aceitar a delegação de forma indireta⁴⁷⁹.

⁴⁷³ A lei penal em branco indica a tipificação de crime que depende de norma posterior que lhe dê conteúdo. Trata-se de hipótese em que a lei penal é imperfeita e exige a complementação de outra norma jurídica, que irá integrar o próprio tipo penal. Em outras palavras, são normas de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, as quais necessitam de complementação que, no geral, tem caráter extrapenal (cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. Vol. 1. 15ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 192).

⁴⁷⁴ Há dois tipos de leis penais em branco: as homólogas e as heterogêneas. As normas penais em branco homólogas são aquelas em que a complementação advém de norma de mesmo grau hierárquico. Como exemplo, cita-se o art. 237 do Código Penal, o qual tipifica o crime de bigamia: “*Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano*”. Como os impedimentos descritos na conduta tipificada estão contidos em outro diploma normativo emanado do poder legislativo, no caso, o Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, em seu art. 1.521, este é caso típico de norma penal homóloga ou homogênea. Quanto a estas, não há maiores debates sobre a sua viabilidade jurídica (GRECO, Rogerio, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v. 1. 14ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012, p. 20-22).

⁴⁷⁵ “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]” (grifou-se)

⁴⁷⁶ Para uma monografia sobre o assunto, v., SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴⁷⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro W e ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 205. V. também: GRECO, Rogerio, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁷⁸ V., por todos, STJ, HC nº 95.939-MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe 03.03.2009.

⁴⁷⁹ V., por exemplo, o HC nº 94.397/BA, 2ª turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 09.03.2010.

Todos esses precedentes criam sistemática bastante favorável ao exercício de uma alargada competência regulamentar. Tão dilatada que podem ser chamadas de efetivas delegações legislativas. Hipóteses em que o legislador escolheu não tomar partido, deixando ao Administrador Público a tarefa de criar normas e indicar rumos. Nada obstante, desse conjunto de julgados não se extrai um conceito claro sobre o quanto se deve exigir do legislador.

Três casos recentes retomaram o problema e serão explicados com maiores detalhes abaixo⁴⁸⁰. O primeiro tratou da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça, criado pela EC nº 45/2004. O segundo enfrentou a (suposta ou não) delegação legislativa para a definição do salário mínimo pela Lei nº 12.382/2011. O terceiro abordou a validade de atribuição normativa ao Tribunal Superior Eleitoral, para a definição do número de cadeiras de deputados federais a serem disputadas por cada ente federativo.

a) ADC 12: o Poder Regulamentar do CNJ

A criação do CNJ pela EC nº 45/04 foi norteadada pela necessidade de efetivar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário⁴⁸¹. Com o novo órgão, previsto no art. 103-B da Constituição, a administração do Poder Judiciário foi hierarquizada e centralizada nesse colegiado, cujas funções provocaram diversos debates⁴⁸², inclusive no que se refere ao seu poder normativo.

Conforme o art. 103-B, §4º, I, o CNJ, no exercício da competência de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, deve “*zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*” (grifou-se). Com base nessa competência genérica, o CNJ editou a Resolução nº 07 do CNJ, de 18 de outubro de 2005, que instituiu a vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo critérios de parentesco⁴⁸³. A definição sobre a validade da norma foi submetida

⁴⁸⁰ A escolha dos casos deve-se ao conteúdo discutido e ao aspecto temporal: trata-se de casos recentes que mostram a visão corrente do STF.

⁴⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 6ªEd., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1034.

⁴⁸² A própria criação do órgão foi questionada. A questão foi analisada pelo STF, que declarou a constitucionalidade do CNJ na ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005, DJ de 22.09.2006.

⁴⁸³ Cfr. consta da Res. 07/2005:

“Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

“Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

ao Supremo Tribunal Federal no bojo da ADC nº 12, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). O relator da ação foi o Min. Carlos Ayres Britto. A referida ação tinha por objeto o reconhecimento da constitucionalidade da Resolução nº 07 de 2005, e acabou sendo o *leading case* da competência normativa do Conselho.

Os ministros, em sua maioria, votaram pela procedência da ação, declarando ser válida a resolução, a despeito da ausência de lei que lhe desse supedâneo. O argumento central se pautava no fato de que a vedação ao nepotismo decorreria dos princípios do art. 37 da Constituição, dirigidos à atuação da administração pública. A moralidade administrativa, por si só, justificaria a vedação instituída pela Resolução do CNJ⁴⁸⁴. Em outras palavras, entendeu-se que o poder normativo do Conselho emana diretamente da Constituição⁴⁸⁵, possuindo caráter primário.

O voto dissidente foi do Min. Marco Aurélio, que reiterou sua posição lançada quando da apreciação da Medida Cautelar na ADC nº 12. Para o Min. Marco Aurélio, inexistia fundamento constitucional para que o Conselho Nacional de Justiça normatize de forma abstrata, “*substituindo-se ao Congresso*”. Completa dizendo que, caso se considere que o ato decorre de interpretação da Constituição Federal, notadamente de seu art. 37, a situação concreta não desafiaria o controle concentrado de constitucionalidade⁴⁸⁶.

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações; III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento. (...)

⁴⁸⁴ Em trecho do voto do Ministro Celso Mello na Medida Cautelar na ADC nº. 12, destaca-se que “[a] prática do nepotismo, tal como corretamente repelida pela Resolução CNJ nº. 07/2005, traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera - porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática - o exercício do poder ‘pro domo sua’.”

⁴⁸⁵ Nos termos do voto do Ministro Ayres Britto, entendeu-se que a Resolução é dotada de generalidade, abstração e impessoalidade e que esta seria ato de “(...) caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.”

⁴⁸⁶ A posição do Ministro Marco Aurélio é compartilhada por Lênio Streck, Ingo Sarlet e Clèmerson Merlin Clève, os quais defendem ser “inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções,

A Corte, porém, vem mantendo a sua posição acerca da constitucionalidade do poder regulamentar do CNJ⁴⁸⁷, analisando caso a caso os atos editados que venham a ter a sua constitucionalidade questionada. A perspectiva do STF claramente se aproxima da doutrina da juridicidade, conforme destacado acima. Tanto assim que Gustavo Binenbojm, reconhecendo a Resolução nº 07/05 como um regulamento autônomo não reservado, entende como correta a posição do STF, visto que preserva tanto a competência atribuída ao CNJ pela Constituição, atuando na “*concretização dos princípios da Administração Pública, tanto por meio de atos normativos, como pela prática de atos concretos*”⁴⁸⁸. Tem-se, nesse sentido, um nítido alargamento de competência regulamentar da Administração Pública, que atua na inércia da ação do Congresso Nacional. De certo modo, uma delegação de competência feita pelo constituinte derivado legitimada, no STF, por uma leitura principiológica da Constituição.

b) A ADI nº 4.568: quem define o salário mínimo?

A ADI nº 4.568 colocou em pauta no STF a constitucionalidade da sistemática criada pela Lei nº 12.382/2011⁴⁸⁹, a qual fixou o salário mínimo para o ano de 2011 e previu

decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais (...) inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparados ao do Legislador. Ou seja, a menção ao poder de expedir ‘atos regulamentares’ tem o objetivo específico de controle externo, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de Judicatura e de ministério Público”. STRECK, Lênio, SARLET, Ingo e CLÈVE, Clèmerson Merlin, Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Revista da ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 12, n. 18, 2005, p. 23.

⁴⁸⁷ Na jurisprudência recente, o STF analisou os seguintes casos reconhecendo o poder regulamentar do CNJ: MS nº 28.620, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.09.2014, Primeira Turma, DJe 08.10.2014; MS nº 27.621, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 07.12.2011, Plenário, DJe 11.05.2012; MS nº 28.290, MS nº 28.330, MS nº 28.375 e MS nº 28.477, rel. min. Rosa Weber, j. 04.12.2013, Plenário, DJe de 09.05.2014.

⁴⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo, Uma teoria do direito administrativo, 3ª edição, Rio Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 180-181

⁴⁸⁹ Art. 2º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.

§ 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste.

§ 2º Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.

§ 3º Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

§ 4º A título de aumento real, serão aplicados os seguintes percentuais:

I - em 2012, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto - PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2010;

II - em 2013, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2011;

mecanismos de atualização anual do valor por meio de decreto. Segundo seu art. 3º, os “*reajustes e aumentos*” do salário mínimo, conforme os critérios definidos no art. 2º, “*serão estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto*”, de 2012 a 2015.

Para os autores da ação – Partido Popular Socialista (PPS), Partido da Social Democracia (PSDB) e Democratas (DEM) – o art. 3º contrariaria o comando de indelegabilidade especificado no art. 7º, inciso IV da Constituição Federal⁴⁹⁰. A norma atacada constituiria, assim, “*indisfarçada delegação de poderes*”⁴⁹¹. Por conta da norma atacada, o Congresso Nacional estaria impedido exercer seu múnus constitucional e não poderia deliberar e decidir sobre o valor do salário mínimo entre 2012 e 2015.

A Presidência da República, por meio da Advocacia-Geral da União, no entanto, sustentou que a hipótese não envolvia delegação de função legislativa, pois o decreto editado com base no art. 3º da Lei nº 12.382/2011 teria mero efeito declaratório. É que o art. 2º da Lei nº 12.382/2011 traria critérios firmes sobre como deveria ser feita a atualização do salário mínimo. Assim, o regulamento anual com o valor do salário mínimo seria a *execução fiel da lei*, em consonância com o art. 84, IV, CRFB. Realmente, os parágrafos 1º e 4º do art. 2º fixavam: (i) tanto um critério de atualização monetária, (ii) quanto um parâmetro de aumento real. O primeiro era o INPC e o segundo a taxa de crescimento real do Brasil a partir do seu Produto Interno Bruto (PIB). Ambos os critérios são definidos anualmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), integrante da Administração Pública indireta federal. Assim, a lei já estabelecia uma equação a qual seria, posteriormente, aplicada matematicamente pelo Poder Executivo, que declararia o valor por meio de decreto. Não haveria qualquer ação criativa no exercício do poder regulamentar, embora a lei previsse que,

III - em 2014, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2012; e

IV - em 2015, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2013.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, será utilizada a taxa de crescimento real do PIB para o ano de referência, divulgada pelo IBGE até o último dia útil do ano imediatamente anterior ao de aplicação do respectivo aumento real.

Art. 3º Os reajustes e aumentos fixados na forma do art. 2º serão estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto, nos termos desta Lei.

⁴⁹⁰ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)”

IV - salário mínimo, *fixado em lei*, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Grifou-se.

⁴⁹¹ V. STF, autos da ADI nº. 4.568, Petição Inicial de autoria do PPS (Partido Popular Socialista), PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) e DEM (Democratas), p. 4.

na hipótese de o IBGE não divulgar o INPC em alguns dos meses de referência, a Presidência da República estimará os percentuais (§ 2º do art. 2º da Lei nº 12.382/2011).

Chamadas a se manifestar, as duas casas legislativas disseram, laconicamente, por meio de seus presidentes, que a norma atacada na ADI seguira os estritos trâmites constitucionais e regimentais, não havendo fundamento a inquirir a legitimidade da medida⁴⁹².

O Supremo Tribunal Federal declarou que a norma era constitucional, e julgou improcedente a ação, vencidos os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio. O voto condutor da relatora, Min. Cármen Lúcia, teve por tese central o efeito meramente declaratório do decreto anual de atualização do salário mínimo. A necessidade de lei, conforme definido pelo art. 7º, IV da Constituição, foi satisfeita previamente, com o Congresso definindo um método anual de definição dos novos valores, o qual prescindiria de juízos criativos por parte da Presidência da República. O regulamento seria uma salutar divulgação – pois daria publicidade oficial ao novo valor do salário mínimo – do resultado de um cálculo objetivo, que “*tirou do Presidente da República qualquer discricionariedade quanto à fórmula para apuração do quantum a ser adotado*”, que adviria de uma simples “*aplicação aritmética*”⁴⁹³, segundo os critérios fixados em lei. Isso sem mencionar que o Congresso pode rever a lei a qualquer tempo⁴⁹⁴.

O voto do Min. Luiz Fux fez alusão à literatura americana sobre o tema e, concordando com a relatora, entendeu que a lei estabeleceu parâmetros suficientes (*intelligible principles*) para o exercício da capacidade regulamentar. Na verdade, por conta desses parâmetros, no caso concreto, “*o que se infere da lei é justamente a fixação praticamente exauriente, fechada e exaustiva, de modo como deverá ser o reajuste*”⁴⁹⁵. Assim, para o Min. Fux, não houve “*renúncia por parte do Legislativo quanto à sua competência normativa, mas, sim, a criação de um diálogo institucional que busca colher os frutos das virtudes dos dois Poderes políticos*”⁴⁹⁶. Os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewasowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso também seguiram o voto da Ministra Carmen Lúcia.

⁴⁹² O Procurador-Geral da República igualmente manifestou-se pela constitucionalidade da norma.

⁴⁹³ Cfr. pp. 5 e 6 do voto da Min. Cármen Lúcia.

⁴⁹⁴ Cfr. p. 8 do voto da Min. Cármen Lúcia.

⁴⁹⁵ Cfr. p. 4 da manifestação de voto do Min. Luiz Fux.

⁴⁹⁶ Cfr. p. 5 do voto do Min. Luiz Fux.

Para os fins dessa tese, é ainda digna de nota a posição do Min. Gilmar Mendes, que apesar de ter seguido o voto da relatora, observou que a norma atacada transitava no limite de sua própria constitucionalidade. É que a regra afastou da deliberação congressional o debate sobre a definição do salário mínimo nos anos subsequentes à sua aprovação, com o que “*inviabiliza a participação da minoria parlamentar (oposição política) no debate sobre o tema no qual a Constituição de 1988, inequivocamente, quis incluí-la*”⁴⁹⁷. Para o Min. Gilmar Mendes, “*a despolitização do assunto, ou a exclusão do debate pela sociedade, não é recomendável e certamente não foi desejada pelo Constituinte de 1988*”⁴⁹⁸. Em outras palavras: a minoria parlamentar apenas terá voz neste assunto em 2016. Daí que a delegação é digna de preocupação para o nosso *presidencialismo de coalizão*. Em todo caso, com essas ressalvas, o Min. Gilmar Mendes, preocupado com o impacto da declaração de inconstitucionalidade e os efeitos desse entendimento em outras leis temporárias, acabou aderindo à maioria.

O Min. Ayres Britto foi voto vencido, e considerou que aumentar ou reajustar o salário mínimo seria, na realidade, estipular um novo salário. O valor fixado em 2011 não mais subsistiria quando da revisão pelo Executivo por meio de Decreto. A importância da fixação do salário mínimo está diretamente relacionada ao impacto à economia do país, devendo a participação do Congresso Nacional ser peremptória nesse caso, já que assim determinou a Constituição. O Min. Marco Aurélio completou a argumentação dissidente inserindo o aspecto econômico por trás da fixação do salário mínimo no debate. Para o Ministro, não seria razoável que, no caso de omissão do IBGE o Executivo pudesse estimar o que seria divulgado em termos de inflação para o salário mínimo.

É interessante notar que, em momento algum, os Ministros analisaram a delegação ao IBGE e a efetiva objetividade dos critérios definidos em lei. Com efeito, o crucial para o exercício do poder regulamentar definido pelo art. 3º atacado será a definição do INPC e do PIB real, as quais se dão por ato de uma autarquia (o IBGE). É evidente que o IBGE terá por base argumentos econômico e técnico. Todavia, é de se registrar que esse discurso evolui com o tempo, e que, também ele, possui falhas e precisa de aperfeiçoamentos⁴⁹⁹. Na verdade, há debates sobre a própria validade do PIB como um critério capaz de medir o crescimento⁵⁰⁰, o

⁴⁹⁷ Cfr. p. 8 do voto do Min. Gilmar Mendes.

⁴⁹⁸ Cfr. pp. 9-10 do voto do Min. Gilmar Mendes.

⁴⁹⁹ V. LANDEFELD, J. Steven; SESKIN, Eugene P. e FRAUMENI, Barbara M. “Taking the Pulse of the Economy: Measuring GDP”, in *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 22, n. 2, 2008, pp. 193-216.

⁵⁰⁰ MCCLOSKEY, Donald, and KLAMER, Arjo. “One Quarter of GDP Is Persuasion”, in *The American Economic Review* vol. 85, n. 2, 1995, pp. 191-195.

que implica, em algum grau, uma escolha política delegada a um ente da Administração Pública.

c) A ADI nº 5028: quem define o número de parlamentares por Estados e DF?

O terceiro caso escolhido para análise diz respeito ao exercício das funções normativas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que, embora seja órgão do Poder Judiciário, também exerce funções administrativas típicas, encarregado que é de regular as eleições por meio de ações normativas, atos concretos, fiscalizatórios, etc..

Pois bem. No julgamento da ADI nº 5.028⁵⁰¹, o STF se valeu da doutrina da indelegabilidade para rejeitar tentativas de criação de normas pelo TSE relativas ao número e a proporção, por Estado, DF e Territórios, de deputados federais, bem como o número de Deputados Estaduais. Tudo isso levando em conta a realidade demográfica a ser identificada pelo órgão competente.

O objeto da ação envolvia o exame da validade do art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993⁵⁰² e da integralidade da Resolução TSE nº 23.389/2013. Referida resolução, com alegado fundamento no art. 1º da LC nº 78/1993, dispunha “*sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014*”. Na espécie, os autores alegaram a violação ao art. 45, *caput* e § 1º da Constituição, bem como ao art. 4º, § 2º do ADCT.

O art. 45, § 1º estabelece a regra geral de proporcionalidade da representação parlamentar na Câmara dos Deputados. Conforme a sua dicção, o número total de deputados e a representação por Estado serão estabelecidos por lei complementar, observado um parâmetro de proporcionalidade em relação à população, o que deve objeto de atualização no ano anterior às eleições, ressalvando-se, ainda, o número mínimo de oito deputados e o máximo de setenta por unidade da Federação (Estados e DF). Veja-se a literalidade do dispositivo:

⁵⁰¹ STF, ADI nº 5028, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. para acórdão: Min. Rosa Weber, j. 01.07.2014, DJe 213, div. 29.10.2014, pub. 30.10.2014. Na verdade, o julgamento em questão apreciou, em conjunto, as ADIs 5.028, 4.947, 4.963, 4.965, 5.020, todas de relatoria original do Min. Gilmar Mendes.

⁵⁰² “Art. 1º Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação.

Parágrafo único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas.”

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.
 § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

O art. 4º, ADCT, por seu turno, fixa, em seu § 2º, norma segundo a qual não pode haver redução da representação por Estados e DF. Veja-se:

Art. 4º (...)

§ 2º É assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.

No que interessa diretamente a este trabalho, o julgamento em questão enfrentou alegação de inconstitucionalidade da LC nº 78/93, por ter atribuído competência legislativa ao TSE, bem como à Res. TSE nº 13.389/2013, por usurpar competência legislativa do Congresso Nacional. Isto é: discutiu-se: (i) se houve delegação legislativa; e (ii) se tal delegação resultou na invasão do domínio legislativo.

A delegação em questão adviria do parágrafo único do art. 1º da LC nº 78, cuja letra atribui, de fato, ao TSE, a definição do número de vagas, após a realização dos cálculos de definição da proporcionalidade a que alude o *caput* do dispositivo da lei, bem como o próprio art. 45 da Constituição. Veja-se:

“Art. 1º Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação.

Parágrafo único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, **o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas.**”

Em síntese, a LC nº 78: (i) estabeleceu que haveria, no máximo 513, deputados na Câmara; (ii) ratificou que o número máximo de deputados será de setenta por unidade da federação, e no mínimo oito; (iii) determinou que o IBGE fornecesse a atualização estatística demográfica das unidades da Federação; e (iii) delegou ao Tribunal Superior Eleitoral a elaboração dos cálculos da representação com base nas estatísticas fornecidas pelo IBGE, para que, então, definisse o número de vagas a serem disputadas em cada eleição.

Foi diante dessas balizas, que o TSE editou a Res. nº 13.389/2013, apreciada no julgamento em tela. Por maioria, o STF entendeu que a delegação era inconstitucional. Foram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Prevaleceu a posição de que a hipótese envolvia uma delegação inconstitucional de competência

normativa, conforme os votos dos Ministros Rosa Weber, Teori Zavascki, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A argumentação vencedora foi a de que o art. 45, § 1º da Constituição não permite transferência de atribuição normativa na fixação de critérios de aferição da proporcionalidade que definirá o número de cadeiras por Estado e DF. Como consignado na ementa:

o art. 45, § 1º, da Constituição da República comanda a definição, por lei complementar (i) do número total de Deputados e (ii) da representação dos Estados e do Distrito Federal, proporcionalmente à população – e não ao número de eleitores –, respeitados o piso de oito e o teto de setenta cadeiras por ente federado. **Tal preceito não comporta a inferência de que suficiente à espécie normativa complementadora – a LC 78/1993 –, o número total de deputados. Indispensável, em seu bojo, a fixação da representação dos Estados e do Distrito Federal.** A delegação implícita de tal responsabilidade política ao Tribunal Superior Eleitoral traduz descumprimento do comando constitucional em sua inteireza.

5. Compete ao legislador complementar definir, dentre as possibilidades existentes, o critério de distribuição do número de Deputados dos Estados e do Distrito Federal, proporcionalmente à população, observados os demais parâmetros constitucionais. De todo inviável transferir a escolha de tal critério, que necessariamente envolve juízo de valor, ao Tribunal Superior Eleitoral ou a outro órgão.

6. A Resolução impugnada contempla o exercício de ampla discricionariedade pelo TSE na definição do critério de apuração da distribuição proporcional da representação dos Estados, matéria reservada à lei complementar. **A renúncia do legislador complementar ao exercício da sua competência exclusiva não legítima o preenchimento da lacuna legislativa por órgão diverso.**

7. Inconstitucionalidade da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar. (grifou-se)

É interessante notar que o Min. Gilmar Mendes, em seu voto vencido, a despeito de reconhecer a delegação ao TSE para a realização de cálculos (p. 12 do voto), aduz que deveria ser afastada a alegação de delegação legislativa no caso concreto. Nas suas palavras:

É preciso afastar, desde logo, a equivocada interpretação segundo a qual a LC 78/93 estaria a delegar competência ao TSE. Em verdade, o Tribunal Superior Eleitoral apenas realiza os cálculos, com base nos parâmetros previamente fixados pela Constituição e pela lei complementar.

Além disso, não há que se falar em aplicação do art. 68, § 1º, da CF/88 à hipótese. Isso porque, conforme mencionado, a LC 78/93 não delegou competência legislativa ao TSE, mas apenas a realização dos cálculos pertinentes, prática referendada pela jurisprudência desta Corte, conforme entendimento esposado no julgamento da ADI 4.568, cuja ementa transcrevi acima.

A par de não ter havido delegação legislativa na hipótese em apreço, o art. 68, § 1º, da CF/88 também não se aplica à situação sob análise, em razão de cuidar, exclusivamente, da possibilidade – quase em desuso no plano federal – de, por Resolução (vide § 2º do art. 68, CF/88), o Congresso Nacional delegar ao Presidente da República a possibilidade de legislar sobre determinada matéria durante certo prazo. (...)

Os dispositivos transcritos [art. 68, §§1º 2º, CRFB] referem-se, por óbvio, à disciplina das leis delegadas pelo Congresso ao Presidente da República, matéria absolutamente estranha às ações em julgamento. A possibilidade de delegação

legislativa ao Poder Executivo existe em diversos textos constitucionais, com balizamentos variados.

Nos casos em exame, no entanto, o Poder Executivo não recebe qualquer delegação. Aliás, o Presidente da República, que participa do processo legislativo de elaboração das leis complementares, pelo menos no momento da sanção, colocou-se de acordo com o projeto que culminou na aprovação da LC 78/93.

Deve-se repetir: a lei complementar em análise não delegou competência legislativa ao TSE, apenas convocou a Justiça Eleitoral a realizar os cálculos pertinentes, conforme é da tradição de nosso sistema de administração das eleições desde a Carta de 1934.” (pp. 25 e 26 do voto do Min. Gilmar Mendes)

Como se observa, o caso do TSE mostra como é difícil definir o quanto se pode exigir do legislador. Em verdade, na hipótese, debateu-se sobre a suficiência de critérios a serem atribuídos ao TSE, para que este aja como efetivo regulador do processo eleitoral, zelando para uma proporcionalidade na representação da população brasileira conforme a realidade. Isto é: conforme aferido empiricamente. O que ficou decidido é que não era suficiente estabelecer o uso das informações do IBGE. O legislador precisava dizer mais.

E isso decorreria da interpretação do art. 45, § 1º, CRFB, que, conforme a Min. Rosa Weber impõe “*o estabelecimento, por lei complementar, tanto do número total de Deputados, quanto da representação por Estado e pelo Distrito Federal*”. Tal seria uma decorrência da sistemática constitucional relativa aos princípios da legalidade, da separação de poderes e da própria democracia (p. 29 do voto da Min. Rosa Weber). Assim, com base em literatura relativa ao poder normativo das agências reguladoras, a Min. Rosa Weber constrói seu voto no sentido de que é possível atribuir funções normativas a autoridades administrativas, desde que estabelecidos critérios suficientes, destacando que “*ao TSE não compete legislar, e sim promover a **normatização** da legislação eleitoral (art. 23, XVIII, do Código Eleitoral)*”. E arremata “*poder normativo, repita-se, não é poder legislativo*” (p. 33 do voto da Ministra).

Segundo a Min. Rosa Weber, “a Lei Complementar aponta os valores a serem utilizados na equação (dados demográficos fornecidos pelo IBGE) e o encargo de inserir os valores na equação e divulgar o resultado da operação (o Tribunal Superior Eleitoral). Deixou, contudo, o legislador complementar de formular a própria equação, incumbência a ele atribuída pela Constituição em caráter indelegável” (p. 35). Equação esta que constituiria o núcleo de *parâmetros inteligíveis* que deve haver em qualquer atribuição de competência normativa. Para a Min. Rosa Weber:

A Resolução impugnada evidencia o exercício de plena discricionariedade daquele órgão na definição do critério de apuração da distribuição proporcional da representação dos Estados, fazendo-o, no entanto, a respeito de matéria reservada à Lei complementar. A Renúncia do legislador complementar ao exercício da sua competência exclusiva não se presta a legitimar o preenchimento da lacuna legislativa por outro ente.

Pois bem. Há alguns aspectos a serem sublinhados nesse julgamento. O primeiro deles é que a decisão abraça a tese de que delegações são possíveis, desde que haja parâmetros. Na verdade, o aresto, por vezes, mistura os conceitos. Ora trata do fenômeno analisado como exercício de poder regulamentar, que não seria fruto de delegação, ora como delegação.

Em segundo lugar, deve-se destacar que a posição vencedora ignorou que há um processo político que dificilmente permitirá a fixação da equação da proporcionalidade pelo Congresso. Não há incentivos para tanto, como, aliás, destacado no voto do Min. Luís Roberto Barroso. Na verdade, a exigência de que o Congresso fixe a equação, tal como consta do voto da Ministra Rosa Weber, passa ao largo de uma avaliação de que isso incrementará brutalmente os custos políticos para qualquer fixação de critérios. A formação de consenso será praticamente impossível, dado que se estará diante de uma discussão não só de *valor*, como destacou o voto vitorioso, mas de sobrevivência parlamentar. Cada parlamentar buscará a equação que mais bem atenda a ampliação da bancada do seu Estado, num movimento que dificilmente será equilibrado, e que tende ao sufocamento de entes sub-representados, ou a imposição de normas que imponham sub-representação de Estados mais populosos. Mas, como disse o Min. Joaquim Barbosa durante o julgamento: “*o problema é do Congresso Nacional; não é nosso*” (p. 114 do acórdão).

Ademais, a decisão, como sublinha o Min. Luís Roberto Barroso, desconsidera as capacidades institucionais (técnicas) envolvidas. O TSE tem *expertise* eleitoral, e pode fazer cálculos matemáticos sobre proporcionalidade.

Por fim, o caso deixa claro o quanto é difícil extrair de uma norma constitucional que crie uma reserva de lei o nível de densidade normativa que se pode exigir do legislador. É preciso que se aprofunde a análise da questão para que se definam critérios. Acreditamos que tais caminhos envolvem a compreensão – implícita nas preocupações consignadas no voto do Min. Luís Roberto Barroso – do processo político. Sem isso, impossível que se construa uma teoria sincera sobre o exercício de capacidades normativas pela Administração Pública.

1.4 Encerramento da primeira parte

Quando Victor Nunes Leal, às vésperas da promulgação da Constituição de 1946, disse que *toda lei passível de regulamentação contém em si mesma uma margem de*

*delegação*⁵⁰³, estava reconhecendo a inviabilidade da criação de uma regra firme e verdadeiramente eficaz de vedação ao desenvolvimento de esferas normativas diretas pela Presidência da República. A seu sentir, a norma de vedação peremptória às delegações, que acabou sendo escolhida pelo constituinte de 1946, seria, simplesmente, ineficaz para a realidade do Estado de bem estar social, trazendo dificuldades jurídicas desnecessárias e produzindo resultados insinceros. Assim, consignou estar convencido “*de que a proibição absoluta das delegações legislativas não consulta melhor os interesses da boa condução dos negócios públicos*”⁵⁰⁴.

O raciocínio do, posteriormente, Ministro do Supremo Tribunal Federal cassado pela ditadura militar em janeiro de 1969, por incidência do regime instituído pelo Ato Institucional nº 5 de 1968, estava longe de ser uma defesa de regimes autoritários. Tratava-se, na verdade, da manifestação lúcida de um reconhecido democrata, defensor do Estado de Direito e estudioso dos problemas institucionais brasileiros⁵⁰⁵.

Com efeito, embora os regimes autoritários tenham como característica a transferência de funções normativas ao Poder Executivo⁵⁰⁶, não é essa a característica principal para a imposição de pretensões absolutistas da Chefia do Poder Executivo. O fundamental para o surgimento de déspotas, explica o próprio Min. Victor Nunes, “*foi a criação de uma maquinaria destinada a sufocar qualquer manifestação de pensamento ou arregimentação política em desacôrdo com a orientação oficial, e a garantir uma estrita fidelidade na composição das câmaras legislativas e dos demais órgãos de atuação pública, como os sindicatos e as associações de qualquer tipo*”⁵⁰⁷. E prosseguia o autor: “*O crivo preliminar para a composição de tais órgãos e a possibilidade, admitida em certos casos, de excluir os representantes cuja conduta viesse a tornar-se duvidosa do ponto de vista do govêrno, tinham muito mais importância, no conjunto das medidas destinadas a construir ou reforçar o*

⁵⁰³ LEAL, Victor Nunes. “Delegações legislativas”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 99-100. O texto original, no entanto, foi elaborado durante a constituinte de 1946, como o próprio autor registra.

⁵⁰⁴ LEAL, Victor Nunes. “Delegações legislativas”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 99.

⁵⁰⁵ A propósito, v. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: O município e o regime representativo no Brasil*, 4ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, publicado, originalmente, em 1948.

⁵⁰⁶ Recorde-se da sempre citada Lei de Concessão de Plenos Poderes a Adofl Hitler na Alemanha nazista de 23 de março de 1933.

⁵⁰⁷ LEAL, Victor Nunes. “Delegações legislativas”, in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 103.

*Executivo autoritário, do que a autêntica migalha representada pela delegação legislativa*⁵⁰⁸.

Victor Nunes Leal percebia que o determinante para os excessos unilaterais do Poder Executivo não estava na legislação delegada, mas na possibilidade de controle dos canais de deliberação do Congresso e no domínio pelego e/ou oligárquico das manifestações sociais. No arsenal do autoritarismo, a delegação legislativa não passa “*de uma arma auxiliar, de pequeno alcance*”⁵⁰⁹. E mais: para o Ministro, a inspiração dos combatentes da indelegabilidade da época, era, provavelmente, a ideia – ingênua, porque, na prática, as delegações acabam acontecendo – de que tal “*proibição venha a favorecer precisamente às forças conservadoras, impedindo, no domínio econômico, medidas legislativas rápidas que lhes contrariem interesses*”⁵¹⁰.

Em suma, para o Min. Victor Nunes, a advocacia da indelegabilidade era problemática, porquanto seria: (i) intelectualmente desonesta, pois acabaria forçando a criação de exegeses de alargamento artificial do poder regulamentar; (ii) diminuiria as possibilidades de criação de uma Administração Pública efetiva e transformadora, e (iii) não impediria o autoritarismo, o que, aliás, acabou acontecendo em 1964. Na verdade, o autor sabia que o desafio brasileiro era mais profundo e dependia da compreensão da realidade cunhada pela persistência oligárquica do *coronelismo*. Um cenário instituído pelo compromisso entre os decadentes líderes fundiários locais e a Administração Pública federal. Nesse acordo, os oligarcas garantiam os votos para a manutenção do governo central em troca de benefícios para seus currais eleitorais, propositadamente compostos por pessoas ignorantes, desamparadas pelo Estado e dependentes dos *coronéis*⁵¹¹. Enfim, um contexto intrincado, em que o problema da legislação delegada seria quase irrelevante.

Victor Nunes Leal tinha o germe do pragmatismo. Ele olhava para os problemas reais do Brasil, afastando-se de percepções fundacionais, e com uma preocupação constante de

⁵⁰⁸ *Idem, ibidem.*

⁵⁰⁹ *Idem, ibidem.*

⁵¹⁰ *Idem*, p. 105.

⁵¹¹ Em suas palavras: “concebemos o ‘coronelismo’ como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa. Por isso mesmo, o ‘coronelismo’ é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras” LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: O município e o regime representativo no Brasil*, 4ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 43-44.

aperfeiçoamento das suas instituições⁵¹². Em sua visão, a rejeição às delegações não traria os melhores resultados. Deve-se reconhecer o fenômeno e compreendê-lo diante da busca da *boa condução dos negócios públicos*. Isto é: as delegações devem ser contempladas à luz da política e de suas circunstâncias. Para o Brasil do século XXI, isso implica mergulhar em diversas ferramentas teóricas e práticas que desmistificam o problema das delegações e indicam soluções institucionais mais eficazes, democráticas e desejáveis.

É esse o escopo da Segunda Parte, a qual esboçará o contexto sobre o qual incidem as ideias jurídicas correntes sobre poder regulamentar e indelegabilidade. O objetivo é de desconstrução, para que o problema jurídico dos regulamentos seja testado em face da realidade brasileira. Uma realidade que não é aquela dos filósofos iluministas, tampouco aquela vivida por Victor Nunes Leal. As circunstâncias são de estabilidade democrática jamais vivida, com instituições de controle mais fortes e debate público crescente. É a época da vitória do constitucionalismo democrático, com o desenvolvimento de um regime presidencialista que, a despeito das críticas e de inúmeros problemas, produziu bons resultados. É o tempo do reconhecimento de que deve haver democracia, respeito a direitos, mas também governabilidade⁵¹³. O contexto indica a viabilidade e a validade das delegações legislativas, com a expansão de um poder regulamentar despido de preconceitos, mas atento aos seus riscos e às necessidades de controle, inclusive por um Poder Legislativo vigilante e em constante diálogo (e tensão) na formação da base de sustentação presidencial.

⁵¹² O seu trabalho para tornar o Supremo Tribunal Federal uma Corte mais funcional é digno de nota. Deve-se a Victor Nunes Leal, por exemplo, a prática relacionada às súmulas de jurisprudência, criadas para racionalização dos trabalhos do colegiado. A ideia da súmula era a de um instrumento de trabalho, de uma ferramenta prática, cuja dicção deveria ser simples e indicar uma interpretação clara (cfr. LEAL, Victor Nunes. “Passado e futuro na súmula do STF”. in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 145, 1981, pp. 1-20). Sobre tal contribuição ao STF, Raul Machado Horta disse, sobre V. N. Leal, que “nenhum dos seus Ministros o sobrepujou em matéria de criação, tornando-o [o STF] verdadeiramente pragmático, uniforme e coerente. A Súmula é uma constelação no seio do seu vasto e prestigioso repertório. Podemos dizer, sem exagero, que existe um Supremo anterior e outro posterior a Victor Nunes Leal”. HORTA, Raul Machado. “Recepção do Ministro Victor Nunes Leal na Academia Mineira de Letras”, in *Revista Forense*, vol. 290, pp. 415-418, disponível, *on line*, em http://www.victornunesleal.com.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=14&Itemid=29&limitstart=25.

⁵¹³ Conforme Luís Roberto Barroso: “no *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado Liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No Direito Público, a nova onda é a da governabilidade” (BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, *post scriptum in Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 305). Grifos do autor.

2 AS DELEGAÇÕES COMO UM PROBLEMA POLÍTICO.

“Without some knowledge about what would be achieved with alternative institutional arrangements, it is impossible to choose sensibly among them”
Ronald Coase⁵¹⁴

2.1 Apresentação: entre o *ser* e o *dever ser*.

De certo ângulo, trabalhos acadêmicos podem ser categorizados a partir de duas finalidades básicas. A primeira, denominada *descritiva*, tem o escopo de tentar explicar a realidade como ela é. A segunda, identificada como *prescritiva* ou *normativa*, por seu turno, tem o fito de propor a transformação do *status quo*. São abordagens igualmente importantes, e que podem levar a equívocos típicos. O investigador excessivamente focado em compreender um estado de coisas pode inebriar-se pela realidade examinada e concluir que aquilo que descreveu deva ser tido como certo ou desejável. Se assim é, é porque desse modo deve ser⁵¹⁵. Por outro lado, o estudioso preocupado em demasia com a mudança, tende a ignorar a realidade e a sugerir o inadequado, ou mesmo o impossível. Isso quando não recomenda modificações que podem gerar novos problemas ou intensificar outros equívocos.

Esta tese posiciona-se entre esses dois modelos. Sem descuidar de finalidades prescritivas (típicas de um estudo jurídico), intende-se descrever a realidade subjacente ao fenômeno das delegações legislativas ao Administrador Público no Brasil. Isto é: em face das reais circunstâncias do fenômeno político das transferências de capacidade normativa para a Administração Pública brasileira, será avaliado em que medida o direito pode aperfeiçoar as instituições envolvidas, garantindo e promovendo os valores do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988.

Carece-se de estudos que promovam o colóquio entre o Direito Público e a riquíssima ciência política descritiva das relações entre Poder Executivo, Administração Pública e Poder Legislativo no Brasil pós-1988⁵¹⁶. E isso vale para o tema objeto desta tese, que almeja contextualizar o princípio da legalidade e seu corolário de indelegabilidade ao funcionamento dinâmico das instituições da democracia brasileira. Nesse sentido, o foco é nas interações

⁵¹⁴ COASE, Ronald. *The firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 30.

⁵¹⁵ Talvez porque, no fundo, todo trabalho que se julga descritivo também tem uma pretensão normativa, ainda que implícita, ou mesmo inconsciente. Sobre a dificuldade em distinguir abordagens descritivas e prescritivas na filosofia, v.: SABINE, George H. “Descriptive and Normative Sciences” in *The Philosophical Review*, vol. 21, nº 4, 1912, pp. 433-450.

⁵¹⁶ Destaca-se, aqui, como honrosa exceção, o trabalho de Marco Aurélio Sampaio, que se empreendeu em abordagem que envolvia tal diálogo em livro sobre medidas provisórias (v. SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007).

entre os Poderes, e não no exame isolado de cada um deles. Tal é a linha proposta pela ciência política contemporânea, conforme destacado por Rui de Figueiredo *et al.*, segundo os quais: “*não podemos entender completamente o comportamento de uma instituição sem compreendê-la no contexto com as outras*”⁵¹⁷.

Se os valores que inspiraram a legalidade administrativa e a noção de indelegabilidade são onipresentes na formação do Estado de Direito⁵¹⁸, a aplicação desses princípios tem implicações diferentes em face de diagnósticos diversos em contextos diferentes. Sem que se passe pelo *ser*, não é possível uma arquitetura factível do *dever ser*. É urgente que o publicista, numa postura pragmática, faça propostas para um Brasil efetivamente contextualizado, o que exige o estudo da ciência política pátria, a qual gira em torno do fenômeno do presidencialismo de coalizão.

2.2 Há razão para considerar a política na construção de teses jurídicas?

Segundo Dieter Grimm, “*não é mais possível uma separação entre direito e política no nível da legislação*”⁵¹⁹. Todavia, para o professor alemão, o mesmo não pode ser dito no nível da aplicação do direito. Isto é: o aplicador do direito, ainda que reconheça que as normas são fruto da política, deve desconsiderá-la. Em suas palavras “*aspectos políticos que não estejam expressos no programa de normas são irrelevantes para a interpretação e aplicação do direito. Se uma lei foi deliberada politicamente e entra em vigor, conseqüentemente ela se torna independente de sua origem política e ganha uma existência autônoma*”⁵²⁰.

Dieter Grimm justifica a separação em questão como um corolário da independência judicial e na própria noção de Estado de Direito. É pressuposto da vinculação da autoridade pública ao direito, a separação entre a vontade dos agentes políticos expressas em normas jurídicas e a interpretação daqueles que aplicam a lei. Trata-se de mundos que devem permanecer apartados, para que se consagre a noção básica de que aquele que cria o direito, não pode ser responsável por aplicá-lo⁵²¹.

⁵¹⁷ DE FIGUEIREDO, Rui J. P.; JACOBI, Tonja e WEINGAST, Barry. “The new separation of powers approach to American politics”, in *The Oxford Handbook of political Science* (org: B. Weingast e D. Wittman), p. 200.

⁵¹⁸ IANCU, Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012.

⁵¹⁹ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, (trad. Geraldo de Carvalho), Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11.

⁵²⁰ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, (trad. Geraldo de Carvalho), Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

⁵²¹ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, (trad. Geraldo de Carvalho), Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 12-17.

Embora concordemos que o ato de aplicação do direito não deva, por princípio, ser orientado por um juízo político, não nos parece adequada a defesa de uma separação rígida entre direito e política que implique a desconsideração, pelo intérprete, da realidade em que formadas as normas a serem aplicadas. Sem que se descuidem dos riscos naturais a qualquer empreitada multidisciplinar⁵²², a defesa de separação conforme proposta por Dieter Grimm não necessariamente afasta a avaliação da realidade política como um elemento importante para o desenvolvimento de teorias jurídicas. A preocupação do ex-Juiz do Tribunal Constitucional alemão era a de que o julgador não fosse politizado. Isso não impede, contudo, que, no desenho de teorias jurídicas, sejam considerados fatores externos ao direito. Especificamente: que sejam analisados elementos do funcionamento da política, cujo *acomplamento estrutural* com as normas constitucionais, para usar a linguagem da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann⁵²³, é um desdobramento natural⁵²⁴.

Acreditamos que o princípio da legalidade administrativa e a noção de delegações legislativas apenas poderão ser compreendidos quando inseridos na dinâmica institucional que pretendem conformar. Como destacado por Louis Fisher⁵²⁵, o direito constitucional – e o direito público como um todo – “*é constantemente moldado pelas pessoas atuando nos Poderes Executivo e Legislativo*”. Com efeito, continua o autor, dentro de “*um rico e dinâmico processo político, a Constituição é regularmente adaptada, de modo a encontrar harmonia entre princípios jurídicos e as necessidades de transformação da sociedade*”. No Brasil, esse processo político ganhou o nome de presidencialismo de coalizão, o qual foi (e continua sendo) dissecado pela ciência política, cujas descobertas empíricas lançam luzes para o jurista que pretenda reafirmar o Direito Administrativo como um instrumento de proteção de liberdades, contenção do arbítrio e promoção da democracia.

⁵²² A propósito de tais riscos, v. Celso Fernandes Campilongo: “O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a Política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, consequentemente, incompreensível para as auto-referências do sistema. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a política a um exercício de formalismo judicial” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 63).

⁵²³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*, Petrópolis: Vozes, 2011.

⁵²⁴ LIMA, Fernando Rister de Sousa. “Constituição federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico”, in *Sociedade direito e decisão* (org.: Artur Stamford da Silva e Gustavo Ferreira Santos), Recife: Editora UFPE (anais do Congresso Internacional em Homenagem a Claudio Souto), 2009, pp. 245-258.

⁵²⁵ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, p. 15.

A perspectiva, uma vez mais⁵²⁶, é de pluralismo metodológico⁵²⁷, para um mundo em que as necessidades se diversificaram e clamam diferentes técnicas de análise⁵²⁸. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, o “*mundo jurídico não tem – e não deve ter – todas as respostas*”⁵²⁹. O tempo do Direito Administrativo ensimesmado acabou. Ele precisa se reposicionar, destaca Sabino Cassese, “*no campo das ciências sociais (economia e política) e reencontrar sua conexão com a história*”⁵³⁰.

Assim como o direito público brasileiro vem dialogando intensamente com a filosofia⁵³¹, propugna-se o colóquio com a ciência política brasileira. Mas não o tipo de apreciação que se tinha antes da Constituição de 1988, quando um direito constitucional sem efetividade⁵³² era tido como ramo da política⁵³³. O objetivo é trazer da realidade política a contextualização necessária para que se proponham soluções efetivas e adequadas para os problemas relacionados ao exercício de funções normativas pelo Poder Executivo. Daí a opção por avançar no estudo da ciência política empírica, como meio de diagnóstico e forma de contextualização pragmática, para que, então, se prescrevam as medicações adequadas. Uma experiência que vem sendo feita no Direito Administrativo dos EUA a partir das teorias das escolhas públicas (*public choice theories*)⁵³⁴.

⁵²⁶ Conforme defendemos anteriormente: CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 13.

⁵²⁷ Segundo Gustavo Zagrebelsky: “*o pluralismo metodológico está tão arraigado nas exigências do direito atual que nenhuma controvérsia sobre os métodos conseguiu jamais terminar por impor um método em detrimento dos demais e, afinal, todas se resolveram por acrescentar algum outro à lista*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. Mariana Gascón), Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 135).

⁵²⁸ Para uma crítica ao sincretismo metodológico na interpretação constitucional, v. SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in *Interpretação constitucional*, org. por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-145. Em defesa tanto do sincretismo (coerente e consciente), quanto da necessidade de que se desenvolvam métodos específicos para a interpretação constitucional – sem a exclusão dos meios tradicionais – v. BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, p. 1-42, v., especialmente, p. 9, nota 19).

⁵²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 239.

⁵³⁰ CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro* (coord. da ed. Espanhola: Alicia Isabel Saavedra-Bazaga), Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2014, p. 460.

⁵³¹ V. BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, pp. 1-42.

⁵³² A Constituição é norma jurídica e deve produzir efeitos. A propósito: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 4ª ed., 2000.

⁵³³ V. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, 10ª ed., 9ª tir., São Paulo: Malheiros, 2000, cap. 2, § 1.

⁵³⁴ É curioso notar que as teorias das escolhas públicas estudadas no Direito Administrativo dos EUA já vêm sendo debatidas há algum tempo pela ciência política brasileira, como se observa dos trabalhos que serão discutidos adiante sobre o presidencialismo de coalizão e as delegações de uma perspectiva política. Nada obstante, essas ferramentas teóricas ainda não aportaram, como deveriam, no universo jurídico a despeito do seu potencial explicativo.

2.3 *Public choice*. Uma possível abordagem para a realidade política e para o Direito Administrativo.

Uma abordagem viável do funcionamento do processo político em democracias representativas modernas é reunida num conjunto de teorias que receberam o rótulo genérico de *public choice*⁵³⁵, que indica as denominadas teorias das *escolhas públicas*, também identificadas como *positive political theories*, que traduziremos como teorias políticas descritivas.

Trata-se de importante corrente de pensamento do movimento de análise econômica do direito e das instituições públicas nos Estados Unidos que ficou conhecida como Escola de Virgínia. O pensamento surgido na Universidade de Virgínia⁵³⁶ tem como marco teórico inicial a obra do prêmio Nobel em economia, James Buchanan, que procurou destacar as interdependências existentes entre a economia, a política e o direito. Seu objetivo: fornecer modelos descritivos e realistas da política e do direito⁵³⁷.

Nessa linha de visão, indivíduos, tanto na arena econômica, quanto no campo político, agirão para incrementar suas próprias utilidades ou vantagens⁵³⁸. Isto é, parte-se do paradigma de um *homo economicus*⁵³⁹, segundo a qual os agentes públicos e políticos são maximizadores racionais de seus próprios interesses, de acordo com os incentivos estabelecidos pelas regras do jogo⁵⁴⁰. No caso do ambiente político, trata-se de interesses orientados por uma necessidade básica: manter-se no poder, de preferência incrementando-o. Para isso, numa

⁵³⁵ A literatura sobre o tema é vasta. Para um panorama geral, v.: FARBER, Daniel A. e Frickey, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

⁵³⁶ V. ROWLEY, Charles K. “Public choice and the economic analysis of law”, in *Law and economics*, ed. Nicholas Mercuro, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 123-124.

⁵³⁷ Para uma excelente coletânea da obra de James Buchanan sobre *public choice*, v.: BUCHANAN, James. *The collected Works of James M. Buchanan*, vol. 13: *Politics as public choice*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

⁵³⁸ MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G., *Economics and the law. From Posner to Post-Modernism*. 2a ed., Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 161.

⁵³⁹ BUCHANAN, James e BRENNAN, Geoffrey. *The reasons for rules. Constitutional political economy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000, p. 56.

⁵⁴⁰ A denominada teoria das escolhas racionais (Rational Choice Theory), que orienta a perspectiva micro-econômica majoritária, parte do pressuposto de que todo sujeito agirá para maximizar seu bem-estar individual (v. GICO JR, Ivo. *Introdução ao direito e economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). “Direito e economia no Brasil”. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19). Tal perspectiva vem sendo desafiada por diversos estudos que demonstram, inclusive empiricamente, que nem sempre as pessoas agem racionalmente. V., por exemplo: de uma perspectiva comportamental: THALER, Richard H., *Quasi Rational Economics*, Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 1991; e SUNSTEIN, Cass & THALER, Richard H. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008. Ver, ainda, AKERLOF, George A., e SHILLER, Robert J., *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton: Princeton University Press, 2015, argumentando que o livre mercado cria incentivos para que certos agentes econômicos manipulem a própria racionalidade de consumidores, que, mesmo sabendo que, *e.g.*, uma determinada compra, ou ação, não lhe trará benefício – *ex.*: o ato de fumar – assumem o risco. Em todo caso, para os fins dessa tese, tomaremos por base a premissa da racionalidade maximizadora de interesses no universo político, embora isso poder se revelar falso, em alguns casos, por razões diversas, o que inclui acreditar, ainda, que pode existir política verdadeiramente altruísta.

democracia representativa, o político precisará de votos suficientes para ganhar uma eleição, o que demanda uma campanha que, por seu turno, requererá dinheiro e apoio político. Assim, os agentes públicos eleitos tenderão a agir com esse foco, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de utilização do orçamento para projetos políticos individuais e a obtenção de mais votos⁵⁴¹. Nesse contexto, num esforço de didática, o agente terá dois grandes feixes de incentivos: um interno e outro externo, os quais se retroalimentam.

Os incentivos internos podem ser organizados na tendência que tem o agente para buscar, no sistema em que estiver inserido, possíveis vantagens que contribuam para o seu projeto. O indivíduo, assim, se colocará em busca dos benefícios que podem surgir em cada ponto do processo de governo. Colocar-se numa posição de veto do itinerário decisório é um dos meios disso acontecer (*veto player*)⁵⁴². No processo político, estar presente num cargo estratégico é, muitas vezes, resultado desse tipo de incentivo. Se uma escolha pública depender do agente, incrementa-se seu poder e ampliam-se suas possibilidades de obtenção de conveniências. Assim, o agente tenderá a buscar essa espécie de posição, que, muitas vezes, relaciona-se a uma troca de apoios entre órgãos governamentais que dependam um do outro para fazer valer seus projetos.

De uma perspectiva externa (ou de fora para dentro) os agentes decisórios têm incentivos a atenderem grupos privados de interesse. *Primeiro*, porque, em última análise, seus mandatos são decorrência da vontade de um conjunto de pessoas que viu naquele sujeito um possível representante. Se esse agrupamento de eleitores for identificável, existe uma tendência a que o agente tenha especial inclinação a favorecer aspirações dos mesmos, ainda que desprovidos de qualquer perspectiva voltada à consecução de princípios republicanos. *Segundo*, porque, ainda que o agente não tenha muita clareza sobre quem o sustenta no poder (o que acontece, com frequência, em sistemas eleitorais proporcionais, sem vinculação a uma circunscrição eleitoral), ele será suscetível a capturas de interesses privados suficientemente articulados e que sejam aptos a oferecer vantagens que contribuam para o seu projeto de reeleição ou nova indicação. Trata-se do mercado político alimentado pelos chamados *rent-seekers*⁵⁴³⁻⁵⁴⁴, rótulo atribuído a agentes privados que buscam induzir decisões estatais

⁵⁴¹ ROSE-ACKERMAN, Susan. “Análise econômica progressiva do direito – e o novo Direito Administrativo”, trad. Mariana Mota Prado, in *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*. Org. Paulo Mattos et al., São Paulo: Editora 34, 2004, p. 246.

⁵⁴² “*Veto players* são indivíduos ou atores coletivos cuja concordância é necessária para uma mudança do *status quo* (...) uma mudança do *status quo* exige a concordância de todos os *veto players*” (cfr. TSEBELIS, George. *Veto players. How political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 19).

⁵⁴³ A expressão é de KRUEGER, Anne. “The Political Economy of the Rent-Seeking Society”, in *The American Economic Review*, Vol. 64, nº 3 (Jun., 1974), pp. 291-303. A noção de *rent-seeking*, no entanto, é tributária da

regulatórias como meios de incrementar suas posições em um determinado setor da economia independentemente de sua capacidade competitiva⁵⁴⁵.

Políticos precisam de votos e de dinheiro, e são lançados a um sistema de incentivos a merecer atenção. Tanto legisladores, quanto quaisquer outros agentes estatais, terão muitos motivos para agir, de uma forma ou de outra, em seu benefício, o que não parece ser compatível com a produção de intervenções estatais e políticas públicas eficientes e orientadas pelo interesse público.

A imagem pessimista da formação da vontade legislativa não significa que sempre seja assim. Há e – espera-se – sempre existirão políticos movidos por interesses justos e altruístas. O discurso republicanista⁵⁴⁶, *e.g.*, com a sua expectativa de que os cidadãos ativos se valham de sua liberdade política como instrumento de virtudes cívicas, é inspirador e pode, por certo, encontrar exemplos reais de ações estatais movidas por seus princípios. O mesmo se diga das perspectivas de democracia deliberativa⁵⁴⁷, ou das teorias de justiça e moralidade de John Rawls⁵⁴⁸ e Ronald Dworkin⁵⁴⁹. Tais concepções são ideais regulativos importantes. Todavia, as instituições não podem ser pensadas a partir desse otimismo pautado por argumentos da filosofia abstrata⁵⁵⁰. Carece-se de uma abordagem mais realista e condizente com o comportamento humano, a qual, mais cética, busque os mesmos valores (republicanos e morais) sem idealizar os gestores públicos e as instituições⁵⁵¹.

obra de: TULLOCK, Gordon. “The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft”, in *Western Economic Journal*, vol. 5 n° 3, 1967, p. 224-232.

⁵⁴⁴ A ideia é a de sujeitos que procuram vantagens econômicas que não são decorrentes do aumento de riqueza no mundo. Isto é: ganhos sem efetivo trabalho. A referência ao termo *rent* volta-se à obra de Adam Smith, que explicava existirem três tipos de *ganhos (income)*: os lucros, os salários e as rendas (*rents*). Cfr. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Martins Fontes, 1ª ed. 2003.

⁵⁴⁵ A regulação aqui é vista como um *produto*, cfr.: STIGLER, George J.. “A teoria da regulação econômica”, in *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*(coord. Paulo Mattos), São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 23-48.

⁵⁴⁶ V. PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

⁵⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, vol. I, 1997.

⁵⁴⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e RAWLS, John. *O liberalismo político*, 2ª ed., (trad. Dinah de Abreu Azevedo), São Paulo: Ed. Ática, 2000.

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁵⁵⁰ A nossa perspectiva toma emprestado o pragmatismo da *public choice* como ferramentas metateóricas a serviço das finalidades constitucionais e democráticas, tal como explicado na introdução. Em sentido próximo, v.: BINENBOJM, Gustavo. *Transformações do poder de polícia: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ como requisito parcial para aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo. 2015, p. 59.

⁵⁵¹ Este não é o local para aprofundar o debate sobre a moralidade dessa perspectiva antropológica negativa. Em todo caso, pode-se dizer com James Buchanan e Geoffrey Brennan: “*Nós usamos esse modelo de homem como*

Tal é a proposta da escola da *public choice*. Uma investida metodológica que, ao almejar *descrições fidedignas*⁵⁵², desconfia dos agentes públicos, valendo-se de teorias econômicas do comportamento, e sugerindo reformas institucionais que gerem os incentivos corretos. Afinal, “a história humana mostra ser extremamente perigoso confiar no espírito público como sendo o guia dos desenhos institucionais”⁵⁵³. As tradições patrimonialistas brasileiras não apontam em sentido diferente⁵⁵⁴. O ambiente deliberativo não é *habermasiano* (e contrafático), em que se pressupõe o diálogo entre iguais voltados ao consenso⁵⁵⁵. O cenário é o de democracia pluralista ao estilo *madisoniano*⁵⁵⁶, em que a formação de vontade política está sujeita a interferências de facções não movidas por interesses públicos, mas por ambições e motivações individuais⁵⁵⁷. Acredita-se que essa perspectiva ajuda a compreender a política em uma democracia representativa como ela de fato é.

Mas não é só isso. Além de descrever nas virtudes dos agentes públicos, a Escola das Escolhas Públicas também se desanima com a capacidade de formação de um consenso majoritário nas assembleias de legisladores. Tais abordagens, tributárias do *Paradoxo de*

um maximizador de riqueza não porque esse seja o modelo mais fácil de se descrever empiricamente, mas porque nós buscamos regramentos que funcionarão bem independentemente das condições comportamentais introduzidas”. BUCHANAN, James. BRENNAN, Geoffrey. “Is Public Choice Immoral? The Case for the “Nobel” Lie”, in *Virginia Law Review*, vol. 74, nº 2, Symposium on the Theory of Public Choice (Mar., 1988), p. 188.

⁵⁵² MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 4.

⁵⁵³ Cfr. MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 27. Para uma crítica segundo a qual se deve *repudiar* tal perspectiva pessimista nos EUA v.: ACKERMAN, Bruce. “Beyond carolene products”, in *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713-746. Nas palavras de Bruce Ackerman: “Nós devemos repudiar essa redução da Constituição Americana a um simples sistema pluralista de barganhas de interesses privado se nós quisermos reafirmar a legitimidade das críticas funções das Cortes. Embora o modelo de barganhas capte um importante aspecto da política americana, ele não faz justiça aos episódios mais fundamentais da nossa história constitucional” (*cit.*, p. 743).

⁵⁵⁴ V. HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*, Ed.4ª, Rio de Janeiro, 2006; e FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11ª ed., São Paulo: Globo, 1997.

⁵⁵⁵ V. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, vol. I, 1997.

⁵⁵⁶ DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*, exp. Ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2006, pp. 15-17.

⁵⁵⁷ Para Madison as facções são inevitáveis, podendo-se, apenas, minimizar os seus efeitos, tendo em vista que, em suas palavras, “as causas latentes das facções estão sementeadas na própria natureza humana” (MADISON, James. *The federalist n. 10*. in ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 56-65. Também disponível em: <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>, acesso em 01.11.2015).

*Condorcet e do Teorema de Arrow*⁵⁵⁸, questionam se a vontade consolidada em estatutos seria efetivamente o desejo da maioria⁵⁵⁹.

O Teorema de Arrow sugere que a formação de uma vontade legislativa majoritária é simplesmente ilusória. Um exemplo ajuda a explicar⁵⁶⁰. Imagine-se que três parlamentares (André, Bruno e Carlos) devem optar pelas políticas públicas X, Y e Z. Considere-se, ainda, que, numa ordem de preferências, André prefere X a Y, e Y a Z. Bruno prefere, em ordem, Y, Z e X. Já Carlos prefere, primeiro Z, depois X e, então, Y. Nesse cenário, nenhuma escolha é efetivamente majoritária. Os três não concordam quanto à melhor solução. Pior: pode haver um círculo vicioso se as rodadas de votações, como costuma acontecer, forem feita em pares. De fato, se X disputa com Y, X vence. Mas se X disputar com Z, Z vencerá. Se Z for comparado com Y, Y será escolhido. Isto é: as rotinas de votação não levarão às preferências dos sujeitos envolvidos. O resultado é muito mais o produto da forma como as votações são feitas.

O Teorema de Arrow traz perplexidades seríssimas para o estudioso do Direito Administrativo. A dificuldade de escolhas consensuais nas hipóteses em que houve mais opções para vários votantes faz concluir que sequer seria possível falar, com segurança, em vontade majoritária na lei⁵⁶¹. Em outras palavras, a *vontade geral do povo*, a partir do Nobel de economia Kenneth J. Arrow, nada mais é que o resultado da condução da agenda de deliberação. Dificilmente uma escolha representará a vontade da maioria. Ela será obra do direcionamento dos ciclos de votação, ou, na melhor das hipóteses, do acaso.

O cenário esboçado pela Escola da *Public Choice* é de que os mecanismos da democracia representativa possuem problemas agudos. Mas será essa lógica aplicável ao Brasil contemporâneo? O funcionamento das instituições da democracia brasileira pode fazer concluir que a formação da vontade legislativa – se é que essa vontade existe –, aproxima-se mais de um sistema de conflagração caótica entre interesses individuais que de uma ágora de

⁵⁵⁸ ARROW, Kenneth Joseph. “Social choice and individual values” 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1963.

⁵⁵⁹ Para uma exposição didática, v. MANKIOW, Gregory. *Introdução à economia* (trad. da 5ª ed. norte-americana), São Paulo: Cengage Learning, 2009, pp. 473-475; e VARIAN, Hal. *Microeconomia: princípios básicos*. (trad. da 5ª ed. americana; trad. Ricardo Inojosa e Maria José Cylhar Monteiro), Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp. 598-601.

⁵⁶⁰ Para uma explicação didática do Paradoxo de Condorcet e do Teorema de Arrow para avaliação de suas implicações para o direito administrativo, v. MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 12-13.

⁵⁶¹ MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 202.

debate voltado ao consenso em torno de finalidades públicas? A resposta a essas indagações passa pela compreensão do nosso presidencialismo de coalizão.

2.4 O presidencialismo de coalizão. Como se governa o Brasil.

A locução *presidencialismo de coalizão* foi cunhada, *por falta de melhor nome*, por Sergio Abranches⁵⁶² e designa a realidade em que o desenvolvimento governamental depende do esforço de centralização do processo político na pessoa do Presidente da República. Em grande medida, a agenda do governo só é alcançável por meio da construção de alianças no Congresso Nacional após a eleição do Chefe do Poder Executivo. Coalizões que sejam capazes de criar a base de sustentação necessária para a aprovação de leis, medidas provisórias e emendas constitucionais⁵⁶³ que façam parte do projeto político vitorioso nas eleições majoritárias para a Presidência da República. E isso suscita uma equação complexa em face do sistema partidário e eleitoral brasileiro, o qual tende à fragmentação⁵⁶⁴.

O multipartidarismo e o sistema eleitoral proporcional de lista aberta sem cláusula de barreira⁵⁶⁵ esboçam um cenário de complexa formação de consenso e alinhamento da vontade

⁵⁶² “[O] Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, ‘presidencialismo de coalizão’, distinguindo-o dos regimes da Áustria e da Finlândia (e a França gaullista), tecnicamente parlamentares, mas que poderiam ser denominados de ‘presidencialismo de gabinete’ (uma não menos canhestra denominação, formada por analogia com o termo inglês *cabinet government*)” (ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”. in *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n° 1, 1988, pp. 21-22).

⁵⁶³ O quórum de aprovação da lei ordinária é de maioria simples, presente a maioria absoluta de seus membros (art. 47, CRFB). O quórum necessário à aprovação de lei complementar é de maioria absoluta (art. 69, CRFB). A medida provisória, editada pelo Chefe do Executivo nos casos de relevância a urgência, segue a regra da maioria simples para sua conversão em lei, devendo ser apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, podendo ser este prazo prorrogado em sessenta dias (art. 62, §6º e §7º). A votação da medida provisória se iniciará na Câmara dos Deputados (art. 62, §8º). Por fim, as emendas constitucionais devem ser discutidas e votadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, devendo obter, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁵⁶⁴ Para um panorama: PALERMO, Vicente. “Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo”, in *Dados*, vol. 43 n° 3, Rio de Janeiro, 2000, pp. pp. 521-557 (disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000300004>, acesso em 11.09.2014).

⁵⁶⁵ O sistema eleitoral proporcional (art. 27, §1, e art. 45, da Constituição) dá-se quando “*todos os partidos têm direito a representação, estabelecendo-se uma proporção entre o número de votos recebidos pelo partido e o número de cargos que ele obtém*” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26ª edição. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 193). No Brasil, o sistema proporcional se dá com lista aberta, na qual o eleitor poderá votar em qualquer candidato de um determinado partido político, elegendo-se os mais votados de cada partido ou coligação de acordo com o quociente eleitoral. Pode-se dizer que “[o] modelo proporcional de listas abertas adotado entre nós contribui acentuadamente para a personalização da eleição, o que faz com que as legendas dependam, em grande medida, do desempenho de candidatos específicos. Daí o destaque que se confere à candidaturas de personalidades dos diversos setores da sociedade ou de representantes de corporação. Essa personalização do voto acaba por acentuar a dependência do partido e a determinar sua fragilidade programática” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010. pp. 873-874).

legislativa. Eleições separadas geram um possível cenário de visões opostas no Congresso Nacional e na Presidência da República⁵⁶⁶. A sistemática eleitoral cria incentivos para que os interesses a serem defendidos por parlamentares no Congresso Nacional sejam meramente paroquiais, esvaziando o papel dos partidos e embaraçando o desenvolvimento de uma agenda de governo nacional⁵⁶⁷. De fato, o eleitorado tem incentivos para não se orientar pelo sistema partidário, cada vez mais desacreditado pela população⁵⁶⁸, mas pelas características pessoais de cada candidato. Por conseguinte, políticos não se sentem necessariamente vinculados aos interesses dos seus partidos, mas tendem a se voltar, com maior intensidade, à satisfação dos seus eleitores identificáveis e daqueles que os apoiaram (inclusive financeiramente) e poderão dar suporte nas próximas eleições. Esse aspecto, combinado com a ausência de cláusula de barreira⁵⁶⁹, favorece o surgimento e a sobrevivência (inclusive com recursos do fundo partidário) de interesses dispersos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, bem como a manutenção de partidos, que, apesar de nanicos, terão algum poder de barganha. Isso sem mencionar que o modelo federativo e sem verticalização das coligações de candidatos cria ainda mais descentralização política e dificuldade de definição de uma base de governo. Colocado de forma direta, é bastante complicado governar o Brasil. Giovanni Sartori⁵⁷⁰, a propósito, chegou a sustentar que o sistema presidencialista brasileiro pós-1988, herdeiro de uma escolha inesperada após a proclamação da República⁵⁷¹, não poderia funcionar.

⁵⁶⁶ LIJPHART, Arendt, “Presidentialism and majoritarian democracy: theoretical observations”, in *The failure of presidential democracy*, vol. I, (org. por Juan Linz e Arturo Valenzuela), 1994, p. 100.

⁵⁶⁷ AMES, Berry, ‘Electoral Rules, Constituency Pressures, and Pork Barrel: Bases of Voting in the Brazilian Congress’, *Journal of Politics* vol. 57, n. 2, pp. 324-343.

⁵⁶⁸ As manifestações populares do segundo semestre de 2013 apontam para uma real crise de representatividade e até mesmo a rejeição partidária. De acordo com o Instituto Datafolha, os militantes de partidos políticos foram afastados das passeatas, representando parcela mínima dos manifestantes (aproximadamente 16%, cfr. divulgado no *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível *on line* em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1296886-em-protesto-de-sp-maioria-nao-tem-partido-diz-datafolha.shtml>>, acesso em 17/11/2013).

⁵⁶⁹ A noção de cláusula de barreira relaciona-se à ideia de que a existência de um determinado partido nos órgãos representativos depende de um número mínimo de votos válidos. O art. 13 da Lei dos Partidos Políticos, nesse sentido, limitava funcionamento parlamentar apenas aos partidos políticos que obtivessem pelo menos 5% dos votos válidos. Tal norma, entretanto, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. V. ADI nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.12.2006, DJ 30.03.2007 e ADI nº 1.354 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 07.02.1996, DJ 25.05.2001. Segundo a Corte, a cláusula de barreira, tal como desenhada, violava os princípios da reserva legal proporcional, da “igualdade de chances”, do pluripartidarismo e, por fim, dos direitos de liberdade assegurados às minorias parlamentares. O sistema brasileiro, assim, favorece a propagação de uma larga escala de partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o que dificulta a aprovação de projetos sem a formação, pelo Poder Executivo, de coalizões partidárias.

⁵⁷⁰ SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UnB, 1996. p. 110.

⁵⁷¹ Segundo Afonso Arinos de Melo Franco, que comenta a opção presidencialista a partir da Constituição de 1891, “o federalismo era velha reivindicação nacional. O presidencialismo não o era. (...) os republicanos de 1870 eram predominantemente franceses, ou seja, parlamentaristas. Mas, dentro da Assembleia, o sistema parlamentar teve poucos e fracos defensores. O presidencialismo e o federalismo prevaleceram no texto da

Na verdade, a literatura majoritária nos anos 1980-1990 pressagiu um cenário muito negativo para o presidencialismo que se desenvolvia na América Latina. Defendeu-se que a difícil mistura entre presidencialismo e multipartidarismo era intrinsecamente negativa⁵⁷². Na esteira dos influentes estudos do Professor de Yale Juan Linz⁵⁷³, para quem o parlamentarismo teria mais chances de êxito na construção de um regime democrático estável que o presidencialismo, criticou-se fortemente o regime dos presidentes, cuja salvação – se não fosse possível o abandono – estaria na adoção do bipartidarismo ao estilo dos EUA⁵⁷⁴.

O argumento era o de que sistemas presidenciais criariam, naturalmente, uma realidade de independência institucional mútua, ao contrário do parlamentarismo⁵⁷⁵, em que o governo só é possível enquanto houver apoio parlamentar. De fato, presidentes são escolhidos em eleições majoritárias independentes do sufrágio para escolha de deputados e senadores, ao contrário do que se passa com o Primeiro Ministro, cuja permanência no cargo pressupõe sustentação legislativa permanente. Presidentes sem suporte parlamentar geram paralisia e crise institucional, com risco de ruptura democrática. Primeiros ministros sem base congressual, por outro lado, são facilmente substituíveis, havendo maiores chances de ajustes de rumo e criação de um novo governo democrático e funcional.

Assim, a opção pelo presidencialismo poderia levar ao que Bruce Ackerman⁵⁷⁶ chamou de *pesadelo linzeriano* (*Linzian nightmare*), numa referência ao colega em New Haven⁵⁷⁷. Trata-se do resultado de um sistema de incentivos em que presidentes muito fortes, principalmente porque dotados de capacidades normativas robustas (como é o caso das medidas provisórias no Brasil), sempre estarão tentados a, diante de um Parlamento que lhes cause embaraço – o que é provável em realidades multipartidárias e com eleição proporcional

Constituição, que foi o do projeto do Governo Provisório, modificado em apenas 14 artigos” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 123).

⁵⁷² MAINWARING, Scott. “Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: the difficult combination”, in *Comparative Political Studies*, vol. 26, n. 2, 1993, pp. 198-228.

⁵⁷³ LINZ, Juan J.. “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?,” in *The Crisis of Presidential Democracy: The Latin American Evidence* (org.: Juan J. Linz and Arturo Valenzuela), Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994.

⁵⁷⁴ Conforme narram: MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 1.

⁵⁷⁵ Como regra geral, no Parlamentarismo a Chefia do Governo possui responsabilidade política perante a assembleia que o elegeu, sendo destituível por simples voto de desconfiança. Nesse sentido, o Poder Executivo é espécie de *delegado* do Poder Legislativo. A propósito, com mais nuances, v.: DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 1995, pp. 198-199.

⁵⁷⁶ ACKERMAN, Bruce, “The new separation of powers”, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, v. p. 645-646.

⁵⁷⁷ Assim como Ackerman, Juan Linz foi Sterling Professor em Yale (o mais alto título que um professor pode alcançar naquela universidade), onde lecionava temas de ciência política. Juan Linz, que nasceu na Alemanha e formou-se na Espanha, faleceu em New Haven, CT, em 2013.

– transformar-se num caudilho. Isto é, numa figura autoritária, que contorna as dificuldades institucionais com a assembleia de legisladores, com ação unilateral e usurpação de poderes. A história da América Latina⁵⁷⁸ seria a ilustração desse sonho ruim⁵⁷⁹.

Nada obstante, a literatura sobre presidencialismo que se seguiu à obra de Juan Linz avançou no sentido de que seria possível cogitar-se de regimes bem sucedidos na América Latina presidencialista. Num primeiro enfraquecimento da crítica *linzeriana*, passou-se a sustentar que nem todo presidencialismo tenderia ao fracasso institucional. Essa foi a tese sustentada por Matthey Shugart e John Carey⁵⁸⁰, para quem a chave do êxito presidencial estaria na combinação entre a capacidade do presidente em manter uma maioria partidária estável no Congresso e uma realidade de reduzidos poderes constitucionais. Presidentes mais fracos e fortalecimento partidário seriam imprescindíveis. Partindo-se desse diagnóstico, concluiu-se, no início dos anos 1990, que se poderiam esperar graves crises institucionais no Brasil e no Chile, diferentemente do que ocorreria em países como a Venezuela, a Bolívia e a Argentina, que estariam no caminho do bom modelo de governo, por conta de reformas feitas por força das mesmas inspirações dessa doutrina (fortalecimento partidário, diminuição do poder do Presidente e modificações no sistema eleitoral, por exemplo⁵⁸¹). Segundo Marcos André Melo e Carlos Pereira⁵⁸², essas previsões negativas para Brasil e Chile se baseavam no modelo eleitoral de lista aberta num ambiente multipardiário, o que levaria à criação de desincentivos à coalizão. Assim, esses países eram “*objeto de grande preocupação*”⁵⁸³, ao contrário da Venezuela e da Bolívia, onde a combinação entre presidentes mais fracos e partidos fortalecidos teria mais chance de sucesso democrático. Os anos se passaram e aconteceu justamente o contrário.

⁵⁷⁸ Para um panorama geral, v.: LINZ, Juan e STEPAN, Alfred (coord.), *The breakdown of democratic regimes. Latin America*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.

⁵⁷⁹ Bruce Ackerman critica fortemente a exportação do modelo presidencialista dos EUA e sugere, apoiado em Giovanni Sartori, que o germe do problema é o próprio presidencialismo, que contribuiu fortemente para o passado autoritário da América Latina. Em suas palavras: “There are about thirty countries, mostly in Latin America, that have adopted American-style systems. All of them, without exception, have succumbed to the Linzian nightmare at one time or another, often repeatedly. Of course, each breakdown comes associated with a million other variables,²⁰ but as Giovanni Sartori puts it, this dismal record ‘prompts us to wonder whether their political problem might not be presidentialism itself.’” ACKERMAN, Bruce, “The new separation of powers”, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, v. p. 646.

⁵⁸⁰ SHUGART, Matthew Soberg, e CAREY, John. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

⁵⁸¹ MAINWARING, Scott, e SHUGART, Matthew S. “Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal”, in *Comparative Politics*, vol. 29, n. 4, 1997, pp. 449-471.

⁵⁸² MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 30.

⁵⁸³ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 31.

Assim, numa imposição da vida sobre os prognósticos, uma terceira onda de estudos aprofundou-se na temática do presidencialismo para defender, com base empírica, que o modelo de presidentes fortes não seria necessariamente prejudicial para as relações institucionais entre legisladores e administradores. Continuou havendo consenso de que, como regra geral, a formação de coalizões e consensos é mais fácil em regimes parlamentaristas, o que seria acompanhado de um maior sucesso legislativo do governo entre os legisladores⁵⁸⁴.

Todavia, três novas descobertas empíricas, narram Carlos Pereira e Marcus André Melo⁵⁸⁵, indicaram um cenário diferente: *primeiro*, viu-se que governos minoritários não estão sempre associados ao fracasso da aprovação da sua agenda no Parlamento; *segundo*, verificou-se que governos advindos de partidos com minoria legislativa não são a causa inelutável de impasses institucionais; *terceiro*, constatou-se que a fragmentação partidária não leva, em todo caso, a conflitos entre os Poderes. Na verdade, o avesso se mostrou verdadeiro. Com base em dados concretos, constatou-se que a probabilidade de coalizão é aumentada em uma realidade fragmentária com presidentes fortes. Verificou-se, inclusive, que governos minoritários podem ser, na prática, mais exitosos que os majoritários, no que se refere à aprovação de sua agenda no Parlamento⁵⁸⁶.

O presidencialismo de coalizão se mostrava viável. O Brasil, outrora visto como à beira de um precipício institucional, tornou-se cobiçado objeto de estudo dos cientistas políticos que ansiavam entender como seria possível esse *sucesso surpreendente*⁵⁸⁷. E foi assim que o debate desviou o foco para questões relacionadas à dinâmica da formação de coalizões e aos meios de controle, diminuindo-se a preocupação com a investigação sobre a realidade eleitoral e seus efeitos. Desenho institucional é básico para qualquer avaliação. Sem embargo, a gestão da coalizão e o exame dos meios de controle revelou-se a peça estratégica no exame da governabilidade e da estabilidade institucional⁵⁸⁸. Uma gestão que depende, em primeiro lugar, de um presidente forte, como acontece no Brasil.

⁵⁸⁴ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 32.

⁵⁸⁵ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 32.

⁵⁸⁶ CHEIBUB, José Antonio, PRZEWORSKI, Adam, e SAIEGH, Sebastian, "Government coalitions and legislative success under Presidentialism and Parliamentarism", in *British Journal of Political Science*, vol. 34, 2004, pp. 565-587.

⁵⁸⁷ PEREIRA, Carlos, e MELO, Marcus André, "The Surprising Success of Multiparty Presidentialism.", in *Journal of Democracy*, vol. 23, n. 2, 2012, 156-170.

⁵⁸⁸ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 33.

De fato, a Constituição de 1988, diferentemente da Carta de 1946, proveu a Presidência de República de ferramentas institucionais que permitiram um bom nível de governabilidade, ao mesmo tempo em que garantiu um robusto arranjo institucional de controle com significativa independência (Poder Judiciário, Ministério Público, órgãos internos, Polícia Federal, Tribunais de Contas, etc.). E o modelo deu bons resultados. A democracia brasileira é consolidada⁵⁸⁹, suas instituições são estáveis⁵⁹⁰. O País não ficou parado, tal como ocorreu com o Governo regido pela Constituição de 1946. Apesar de ainda persistirem problemas antigos e de terem surgidos outros, o Brasil evoluiu em vários aspectos econômicos e sociais⁵⁹¹. A democracia avançou. Essa vitória pode ser explicada, dentre outras razões, no arranjo que permitiu a ascensão do Presidente da República a uma posição central na máquina decisória estatal, afastando uma situação de paralisia⁵⁹², e direcionando as prioridades apontadas nas eleições majoritárias.

Isto é, se de um lado há fragmentação, de outro, a Constituição de 1988 “*alterou significativamente o equilíbrio entre os poderes estabelecidos pela constituição democrática anterior [1946], concentrando poder no Executivo*”⁵⁹³. Poderes esses que vão desde a previsão de capacidades normativas de relevo (*i.e.* edição de medidas provisórias e

⁵⁸⁹ Segundo Juan Linz e Alfred Stepan, uma democracia é consolidada quando ela se torna “o único jogo na cidade” (*the only game in town*), o que significa dizer que nenhum grupo cogita seriamente buscar o poder por fora das instituições pré-estabelecidas. Perdedores e ganhadores, como premissa, agem e jogam de acordo com o processo institucional estabelecido (LINZ, Juan e STEPAN, Alfred. *Problems of democratic transition and consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996, p. 5).

⁵⁹⁰ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 60. V. tb.: BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que Chegamos*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>, acesso em 14.11.2013, SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 182.

⁵⁹¹ Segundo o último censo realizado pelo IBGE, em 2010, os avanços econômicos e sociais foram evidentes, *v.g.*, com o aumento da renda e do emprego no país, bem como diminuição do desemprego e do trabalho informal no Brasil.

⁵⁹² Nesse sentido, v. Fernando Limongi: “*Nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular. Coalizões obedecem e são regidas pelo princípio partidário. Não há paralisia ou síndrome a contornar. A estrutura institucional adotada pelo texto constitucional de 1988 é diversa da que consta do texto de 1946. O presidente teve seu poder institucional reforçado. Para todos os efeitos, a Constituição confere ao presidente o monopólio sobre iniciativa legislativa. A alteração do status quo legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo. Entende-se assim que possa organizar seu apoio com base em coalizões montadas com critérios estritamente partidários. Para influenciar a política pública é preciso estar alinhado com o presidente. Assim, restam aos parlamentares, basicamente, duas alternativas: fazer parte da coalizão presidencial na legislatura em curso, ou cerrar fileiras com a oposição esperando chegar à Presidência no próximo termo. É equivocado insistir em caracterizar nosso sistema por suas alegadas falhas, pelas suas carências. Inverter a perspectiva, no entanto, só torna a tarefa mais difícil, pois implica aceitar a necessidade de explicar o real, não de condená-lo ou censurá-lo.*” (LIMONGI, Fernando. “Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”, in *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n° 76, 2006, pp. 40-41).

⁵⁹³ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. “Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”, in *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 147.

regulamentos autônomos, cfr. artigos 62 e 84, VI, *a*, CRFB) e o poder de veto (art. 66, § 1º, CRFB), passando por reservas de iniciativa legislativa em questões relevantes (v. art. 61, § 1º e art. 63, CRFB), como ainda pela definição da pauta legislativa, inclusive com seu trancamento (art. 64, §§ 1º e 2º; além, é claro, do art. 62, § 6º, CRFB). Tudo em conjunto com o fortalecimento dos líderes partidários – alçados a uma posição de destaque pelas normas regimentais do Congresso – que negociam a sustentação da base do governo em troca de votos e de posições de destaque na Administração Pública (como o exercício de cargos e funções), como também, o que tem se mostrado essencial para garantir a liderança da Chefia do Poder Executivo, a liberação de emendas orçamentárias. Trata-se, para usar a expressão de Marcus André Melo e Carlos Pereira de uma estratégia “*caixa de ferramentas presidencial*”, que torna viável o funcionamento da democracia brasileira. Instrumentos de gestão da coalizão⁵⁹⁴.

Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi são os grandes entusiastas do sucesso presidencialista brasileiro. Segundo argumentam, a Presidência da República possui mecanismos institucionais capazes de criar incentivos suficientes de direcionamento da agenda do Congresso Nacional, num padrão de êxito que se assemelha ao dos regimes parlamentaristas⁵⁹⁵. Tanto é assim que 83,3% das leis aprovadas no Brasil entre 1988 e 2007 são de iniciativa da Chefia do Poder Executivo⁵⁹⁶. E mais: segundo essa mesma base de dados, após 1988, o Poder Executivo raramente foi derrotado no processo político. Da promulgação da Constituição até 2007, verificou-se que dos 2.965 projetos de leis apresentados pelo Poder Executivo, apenas 65 foram rejeitados⁵⁹⁷. Nesse sentido, o Presidente, no Brasil, controla a agenda do Poder Legislativo e a Administração Pública evolui⁵⁹⁸. Quanto a isso parece haver argumentos fortes. O problema é saber: a que custo? E neste ponto as divergências sobre a percepção da realidade brasileira se acirram.

Realmente, a despeito do significativo consenso sobre a existência de um modelo de presidencialismo de coalizão no Brasil, ainda há divergência sobre os efeitos e implicações

⁵⁹⁴ Segundo os cientistas políticos: “(1) as ferramentas estratégicas não funcionam de maneira independente na busca de apoio legislativo, mas são interdependentes; (2) as ferramentas estratégicas são intercambiáveis, mas com alguns limites; e (3) de uma forma geral, transferências orçamentárias para legisladores tende a ter maior ‘poder de compra’ que outras ferramentas que desenham os contornos da coalizão” (MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 52).

⁵⁹⁵ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. “Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”, in *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 160.

⁵⁹⁶ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *Op. cit.*, p. 157.

⁵⁹⁷ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *Op. cit.*, p. 158.

⁵⁹⁸ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *Op. cit.*, p. 158.

desse sistema⁵⁹⁹. De um lado, há autores que, mantendo o pesadelo linzeriano, entendem que o modelo gera uma combinação explosiva⁶⁰⁰, criando enormes dificuldades de governabilidade e estabilidade democrática⁶⁰¹. No extremo dessa percepção, tende-se a concordar que o presidencialismo foi, talvez, o mais perigoso produto de exportação institucional dos EUA para o resto do mundo, notadamente na América Latina⁶⁰². Para essa linha de pensamento, o Presidencialismo gera tendências de personalização do poder⁶⁰³, rigidez excessiva, com impossibilidade de ajuste de rumo diante de um conflito entre Executivo e Legislativo⁶⁰⁴, diminuição de consensos, com sobreposição da vontade majoritária do Presidente⁶⁰⁵.

De outro lado, como já indicado acima, existe literatura sustentando que as ferramentas institucionais disponibilizadas ao Chefe da Administração Pública são capazes de garantir um modelo estável⁶⁰⁶. O sucesso da democracia brasileira seria, assim, fruto de seu arranjo institucional e de uma boa gestão da base de sustentação da agenda do Poder Executivo. Na verdade, pode-se dizer, com Carlos Pereira e Bernardo Mueller, que o sistema político nacional tem tanto aspectos de fragmentação, quanto de centralização. Se, de uma banda, o modelo eleitoral cria incentivos para que os políticos ajam como atores individuais, de outra, as capacidades legislativas do Presidente da República e o controle orçamentário nas

⁵⁹⁹ V. LOUREIRO, Maria Rita, OLIVIERI, Cecília e MARTES, Ana Cristina Braga. “Burocratas, partidos e grupos de interesse: o debate sobre política e burocracia no Brasil”, in *Burocracia e política no Brasil. Desafios para a ordem democrática no século XXI* (org.: Maria Rita Loureiro, Fernando Luiz Abrucio e Regina Silvia Pacheco), Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010, pp. 104-105. Ver, ainda: PALERMO, Vicente. “Como se Governa o Brasil? O Debate sobre Instituições Políticas e Gestão de Governo”, in *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 43 n° 3, Rio de Janeiro, 2000, disponível on line: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000300004>, acesso em 14.11.2013.

⁶⁰⁰ ALEGRE, Marcelo. “Democracia sin presidentes”, in *Poder Ejecutivo – SELA 2006* (org. Roberto Saba et. al.), Buenos Aires, 2007, pp. 3-24.

⁶⁰¹ Por todos: ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. “Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro”. in *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n° 1, 1988; MAINWARING, Scott. “Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: the difficult combination”, in *Comparative Political Studies*, vol. 26, n. 2, 1993, pp. 198-228.

⁶⁰² LINZ, Juan J., “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make A Difference?”, in *The failure of presidential democracy*, vol. I, (org. por Juan Linz e Arturo Valenzuela), 1994.

⁶⁰³ NINO, Carlos Santiago. “Presidentialism vs. Parliamentarism”, in *Presidencialismo y Parlamentarismo*, Eudeba: Buenos Aires, 1988, citado por ALEGRE, Marcelo. “Democracia sin presidentes”, in *Poder Ejecutivo – SELA 2006* (org. Roberto Saba et. al.), Buenos Aires, 2007, p. 7.

⁶⁰⁴ LINZ, Juan J., “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make A Difference?”, in *The failure of presidential democracy*, vol. I, (org. por Juan Linz e Arturo Valenzuela), 1994, p. 6.

⁶⁰⁵ LIJPHART, Arendt, “Presidentialism and majoritarian democracy: theoretical observations”, in *The failure of presidential democracy*, vol. I, (org. por Juan Linz e Arturo Valenzuela), 1994, p. 97.

⁶⁰⁶ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. “Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”, in *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007.

mãos do Poder Executivo implicam que o comportamento legislativo seja profundamente dependente na lealdade ao partido e à agenda da Presidência⁶⁰⁷.

As ferramentas de coalizão podem funcionar, notadamente aquelas relativas ao controle orçamentário e de liberação de emendas parlamentares⁶⁰⁸, quase sempre destinadas aos redutos eleitorais de cada legislador⁶⁰⁹. Com esse mecanismo, o Presidente agrada aos interesses locais dos integrantes do Congresso, que, por seu turno, concordam em apoiar a política central porque focados em manter sua base eleitoral regional. Estudos empíricos mostram que, em momentos de definição de pontos importantes para o governo eleito, aumenta substancialmente o volume de liberação de emendas orçamentárias⁶¹⁰.

Além disso, é também ferramenta estratégica de governo a manutenção de um *gabinete* (corpo ministerial e o alto escalão) heterogêneo, com tamanho alargado para acolher aliados que efetivamente sigam a agenda presidencial. A distribuição de cargos é fundamental para a manutenção da coalizão. Na verdade, como destacam Marcus André Melo e Carlos Pereira, a definição sobre tamanho do gabinete e a distribuição de cargos tem uma correlação

⁶⁰⁷ PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. “A theory of Executive dominance of congressional politics: the committee system in the Brazilian Chamber of Deputies”, *in the journal of legislative studies*, vol. 10, n. 1, 2004, p. 13.

⁶⁰⁸ É interessante registrar que a possibilidade de emendas orçamentárias pelo Poder Legislativo só surgiu durante a vigência da Constituição de 1967. A propósito, v. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário e Democracia*, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2010, pp. 34-39.

⁶⁰⁹ Como afirmam Figueiredo e Limongi, “[a] prerrogativa de apresentar emendas é uma oportunidade para que o parlamentar participe da alocação de recursos orçamentários, expressando suas prioridades quanto às políticas públicas”. Ao desenvolver o tema, os autores apontam que a “relação entre a liberação de recursos para execução das dotações previstas nas emendas individuais e o apoio ao Executivo em votações nominais é sugerida com insistência pela imprensa e por parte da comunidade acadêmica. Em 27 de novembro de 2003, dia em que este texto começou a ser redigido, a manchete de *O Estado de S. Paulo* relativa à aprovação, pelo Senado, da reforma tributária encaminhada pelo governo informava que os parlamentares receberiam a sua contrapartida, pois, tendo atendido as pretensões do governo, solicitariam como recompensa a liberação de recursos públicos para atender às demandas das suas clientelas eleitorais” (FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub; e LIMONGI, Fernando. *Política orçamentária no presidencialismo de coalizão*, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008, p. 130 e p. 133). Carlos Pereira e Bernardo Mueller afirmam, ainda, que a “grande maioria dos parlamentares lança mão dessa prerrogativa [da propositura de emendas individuais] para propor emendas destinadas a beneficiar suas principais bases eleitorais, isto é, essa estratégia é utilizada por uma política clientelista com o objetivo de maximizar o futuro eleitoral e a carreira do parlamentar. Dessa maneira, é plausível supor que o Executivo, que tem grande poder discricionário na execução do orçamento anual, use este poder para fazer pressão sobre a atuação dos parlamentares”. PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. *Comportamento Estratégico em Presidencialismode Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, *Revista Dados*, 2002, v. 45, n.2, p. 274. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/dados/v45n2/10789.pdf>, acesso em 05.11.15, às 09:35h.

⁶¹⁰ A propósito, v. PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. “Comportamento Estratégico em Presidencialismode Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro”, *in Revista Dados*, 2002, v. 45, n. 2, pp. 265-301. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/dados/v45n2/10789.pdf>, acesso em 05.11.2015.

direta com a efetividade da política orçamentária⁶¹¹. Escolhas mal feitas na política orçamentária implicam a necessidade de arranjos compromissórios demasiadamente alargados, e a formação de um gabinete que pode vir a distorcer, ao menos quanto aos seus integrantes, a linha ideológica do partido do Presidente, o que aumenta o risco de impasses.

Pois bem. Se o copo da democracia brasileira está *meio cheio* ou *meio vazio* não é um diagnóstico a ser aprofundado aqui⁶¹². O que nos basta é a constatação de que o modelo em que se insere a Administração Pública brasileira pressupõe um sistema de trocas e custos. Para governar, o Presidente precisa aprovar leis e emendas constitucionais. Para tanto, numa realidade partidária naturalmente fragmentária, ele deve negociar com o Congresso, liberar emendas, fazer concessões e criar um gabinete alargado, tomando cuidado para não gerar impasse. Um governo de leis pressupõe essa dinâmica.

Nesse sentido, a legalidade administrativa tem um custo político e as delegações possuem uma relação direta com essa discussão. Qualquer teoria que propugne o fortalecimento da legalidade, com um discurso firme contra as delegações legislativas, incrementa custos de conhecimento e de alinhamento do Congresso Nacional, com consequências para o funcionamento da democracia brasileira⁶¹³. Quanto mais se exigir do legislador, mais específicas serão as regras e mais amplas e profundas serão as questões a serem consideradas previamente. Haverá maior dispêndio de tempo e de outros recursos para a formação da vontade legislativa⁶¹⁴. A coalizão será mais difícil.

⁶¹¹ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 52.

⁶¹² A propósito: v. MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, pp. 157-163.

⁶¹³ Com os olhos no desenho das instituições da União Europeia, Giandomenico Majone aponta duas grandes razões para as delegações, sendo a primeira, justamente voltada à redução de custos: “As mais importantes razões para se delegarem poderes (...) são duas: reduzir os custos do processo de tomada de decisão, por exemplo, aproveitando a expertise do Poder Executivo, ou aumentar a credibilidade dos compromissos de políticas públicas no âmbito da UE” (MAJONE, Giandomenico. “Two logics of delegation. Agency and fiduciary relations in EU”, in *European Union Politics*, vol. 2, 2001, p. 103).

⁶¹⁴ Isso sem mencionar que o empenho de especificação e abrangência do legislador será tendencialmente inglório, pois desde o fracasso da Escola da Exegese, sabe-se que a lei não consegue prever tudo. É possível que se produzam iniquidades quando as regras criadas hoje forem aplicadas a casos não pensados (até mesmo porque, quanto maior a abrangência, maior será a chance de erros). O excesso de detalhes também gera outra patologia: o surgimento de lacunas indesejadas, as quais poderiam ser evitadas por normas mais gerais. Para usar a categorização de Frederick Schauer, regras podem ser *superinclusivas* ou *subinclusivas*. Sobre o tema da superinclusão e subinclusão de regras, v. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, pp. 31-34. V. tb STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiiva, 2010, pp. 103-127.

2.5 Teoria política das delegações e o presidencialismo de coalizão brasileiro.

No âmbito da ciência política, o tema desta tese implica objeto mais amplo. A ferramenta teórica mais recorrente advém de teorias de custos de transação (*transaction cost theories*)⁶¹⁵. Especificamente, aquelas classificadas como *principal-agent theories*⁶¹⁶. Numa tradução literal, seriam as teorias do principal-agente (teorias P-A), que preferimos chamar, para a realidade brasileira, mandante-mandatário, próprias ao denominado *dilema*, ou *teoria, de agência*⁶¹⁷. O dilema se explica nas dificuldades naturais que existirão entre o interesse do mandante (*principal*) e a ação do seu *longa manus* (*agent*). Embora o mandante precise de agentes, seus planos podem ser frustrados pela ação de seus mandatários. As vontades e os incentivos nem sempre serão convergentes. E isso poderá ocorrer por diversas razões, tais como, assimetria de informações e conflito de interesses. Por exemplo: em companhias privadas, os interesses dos acionistas (*principals*) podem entrar em conflito com os interesses dos diretores de suas empresas (*agentes*)⁶¹⁸. Notadamente quando o desejo do mandante for excessivamente custoso para o mandatário, ou quando o custo de fiscalização for muito elevado para o mandante, que terá incentivos para correr os riscos das ações praticadas pelos seus agentes⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Aponta-se o vencedor do Nobel de economia em 1993, Douglass North, como o primeiro a usar a expressão custos de transação políticos (*political transaction costs*) (v. NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change, and economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990). Em todo caso, no âmbito das teorias das delegações legislativas e da investigação sobre as razões pelas quais o Congresso decide delegar ao invés de tomar, ele próprio, as decisões, a obra pioneira foi a de: EPSTEIN, David e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

⁶¹⁶ THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone, "Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions", in *The politics of delegation* (coord. THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone). Londres: Frank Cass and company limited, 2003, p. 3.

⁶¹⁷ Stephen Ross, tido como um dos criadores da teoria da agência, explica que: "The relationship of agency is one of the oldest and commonest codified modes of social interaction. We will say that an agency relationship has arisen between two (or more) parties when one, designated as the agent, acts for, on behalf of, or as representative for the other, designated the principal, in a particular domain of decision problems. Examples of agency are universal." Ross, Stephen, "The economic theory of agency: The principal's problem". In *American Economic Review*, vol. 63, p. 134. As teorias de agência e o seu dilema inerente estão presentes em estudos das mais variadas áreas, tais como contabilidade, economia, finanças, comportamento organizacional, bem como ciência política. Trata-se de uma poderosa ferramenta pragmática que contribui para variados estudos comparados, sendo ponto de referência para aperfeiçoamento institucional. A propósito, v. EISENHARDT, Kathleen M. "Agency Theory: An Assessment and Review", in *The Academy of Management Review*, vol. 14, n. 1, 1989, pp. 57-74.

⁶¹⁸ A título ilustrativo, v., analisando o problema a partir da definição da remuneração do presidente de uma empresa: BERTRAND, Marianne e MULLAINATHAN, Sendhil. "Agents with and without Principals" in *The American Economic Review*, vol. 90, n. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Twelfth Annual Meeting of the American Economic Association, 2000, pp. 203- 208.

⁶¹⁹ Nesse sentido, "the heart of principal-agent theory is the trade-off between (a) the cost of measuring behavior and (b) the cost of measuring outcomes and transferring risk to the agent" (cfr. EISENHARDT, Kathleen M. "Agency Theory: An Assessment and Review", in *The Academy of Management Review*, vol. 14, n. 1, 1989, p. 61).

O problema das delegações legislativas também envolve uma cadeia de mandantes e mandatários em governos democráticos contemporâneos. Na primeira ponta, estão os eleitores. Trata-se dos primeiros mandantes que escolhem, periodicamente, seus representantes (agentes mandatários). Uma democracia representativa ideal pressupõe que os mandatários atuem para atender aos interesses dos seus eleitores, que teriam incentivos para deixar clara a agenda pretendida, bem como para fiscalizar a ação dos seus agentes. O sucesso do desenho das instituições e dos modelos eleitorais é diretamente relacionado a essa convergência de incentivos.

Mas a cadeia de mandantes e mandatários nas democracias não termina aí, o que torna a equação mais complexa. É que os agentes eleitos também criam novos mandatários. Neste caso, são eles, os representantes do povo, os principais. E serão esses representantes a pretender que os seus mandatários (*e.g.*: órgãos da Administração Pública) ajam conforme suas próprias agendas políticas. Se os envolvidos na cadeia de mandatos agirem racionalmente tem-se que eleitores votarão com o fito de aumentar seu bem-estar geral (*e.g.*: pagar menos impostos, garantir benefícios), políticos buscarão ser eleitos novamente no próximo sufrágio (o que implica identificar os seus eleitores e os seus interesses) e Administradores Públicos de carreira terão incentivos para fortalecerem suas estruturas burocráticas e defenderem interesses corporativos⁶²⁰ (*e.g.* garantir vantagens e prerrogativas funcionais).

As teorias que estudam o dilema da criação de agentes e mandatários explicam por que a ciência política estuda o problema das delegações de forma mais ampla. Para o cientista político, toda a cadeia de transferência de poderes, por estar inserida na lógica mandante-mandatário, é objeto de estudo, o que alarga sobremaneira a percepção do fenômeno. Alocações de competência constitucional a órgãos não representativos são tidos, para o cientista político, como uma delegação⁶²¹. O mesmo se diga de alocações diretas em instituições, como a Presidência da República, que não é vista, classicamente, como um órgão representativo tal qual uma assembleia de legisladores, mas um órgão majoritário de

⁶²⁰ FIORINA, Morris P. e NOLL, Roger G. "Voters legislators and bureaucracy: institutional design in the public sector", in *American economic review, papers and proceedings*, vol 68, n. 2, 1978, p. 256.

⁶²¹ Nesse sentido, Alec Stone Sweet estuda as Cortes Constitucionais, criadas a partir do modelo kelseniano, a partir da teoria *principal-agent*. De certo modo, tais cortes são delegatárias de significativo poder decisório deixado em aberto pelo constituinte. É assim que, para o autor: "The delegation of rights jurisdiction to a constitutional organ, effectively insulated from political controls, has engendered the gradual but inevitable collapse of separation of powers doctrines. Today, ministers and parliamentarians govern with constitutional judges" (SWEET, Alec Stone. "Constitutional courts and parliamentary democracy", in *The politics of delegation* (coord. THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone). Londres: Frank Cass and company limited, 2003, p. 98).

centralização e concentração de poder.

Cientistas políticos entendem ser pertinente o exame conjunto das atribuições de poder normativo à Presidência da República. Seja ela em nível constitucional, seja ela em nível legal. Nesse sentido, para o cientista político, no caso do Brasil, o poder de editar medidas provisórias também é uma espécie de delegação. Primeiro, porque os constituintes, tanto originários, quanto derivados, também são legisladores⁶²², e optaram por ceder parcela de capacidade normativa ao Governo. Segundo, porque o Governo, mesmo podendo editar medidas provisórias, precisa do referendo legislativo *a posteriori*. Se isso acontece, tem-se, na prática, a concordância de uma transferência de funções. O mesmo vale para regulamentos editados por meio de decreto presidencial, ou resoluções. Todas são estratégias de transferência de funções normativas para uma instituição que, dir-se-ia, em princípio, não as deteria.

Dito isto, deve-se alertar o leitor que o presente tópico se vale, dentre outros, de estudos sobre a capacidade legislativa primária da Presidência da República. Isto é: de muitas pesquisas empíricas sobre a atribuição do Presidente de editar medidas provisórias com força de lei e a realidade política inerente a isso. Esses trabalhos são recorrentes e superam em número e profundidade a pesquisa sobre a atividade regulamentar. A prevalência de estudos de ciência política sobre medidas provisórias e seus efeitos na dinâmica com o Poder Legislativo pode ser creditada à maior facilidade de obtenção de dados objetivos necessários à pesquisa empírica. Não é fácil diferenciar leis que criam alargadas funções regulamentares. Por outro lado, é muito mais simples identificar uma medida provisória e a disposição para o Congresso em aprová-la e confirmar sua aquiescência com o exercício de funções criativas pelo Presidente da República, num cenário em que o legislador será o delegatário *ex post*.

Em suma, da perspectiva da ciência política, a problemática de fundo no exercício de funções normativas pelo Poder Executivo (seja primária ou secundária) é a mesma, qual seja: a transferência de poderes e o exercício de funções de criação de normas pelo Governo. Logo, o estudo do contexto político relativo às medidas provisórias indica uma plêiade de relações entre os Poderes Executivo e Legislativo bastante similar com aquela relacionada ao fenômeno dos regulamentos. A análise sobre quando e por que o Presidente – ou a Administração Pública como um todo – opta pelo uso de suas próprias capacidades

⁶²² A Assembleia Constituinte de 87/88 foi convocada por meio da EC n.º. 26/85, que atribuiu poderes constituintes ao Congresso Nacional (SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 258).

normativas, ao invés de buscar a via legislativa comum (*i.e.*: projeto de lei, deliberação, aprovação e sanção), possui pano de fundo semelhante. Trata-se de uma mesma agenda de investigações sobre as ações de mandantes e mandatários, cuja preocupação tem foco na ocorrência ou não de usurpação de poderes nas relações entre Administração Pública e Poder Legislativo, o que traria prejuízos para o bom funcionamento das instituições e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Pois bem. Na sistematização didática proposta por Carlos Pereira, Timothy Power e Lucio Rennó⁶²³, a literatura da ciência política divide-se em duas grandes correntes sobre o exercício das funções normativas pelo Poder Executivo. De um lado, há a chamada *teoria da usurpação* (ou da ação unilateral), e de outro lado, há a *teoria da delegação*. A primeira indica uma ação unilateral da Administração Pública, um *by pass* institucional, para que o Presidente faça suas próprias políticas diretamente⁶²⁴. A segunda indica um cenário de diálogo, de cooperação institucional.

A teoria da usurpação sustenta que Presidentes se valem das funções normativas como forma de se esquivar de um Parlamento contrário aos seus interesses e governar unilateralmente. Nos Estados Unidos, a bibliografia sobre o tema investiga a prática presidencial de edição de *executive orders*⁶²⁵. Trata-se de atos normativos da Chefia do Governo fundados diretamente na Constituição⁶²⁶. Tais atos, apesar de nem sempre causarem perplexidades, porque voltados para a organização e o funcionamento da Administração

⁶²³ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. “Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case”, in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1, 2005, pp. 178-200.

⁶²⁴ MOE, Terry M. e HOWELL, William G., “Unilateral Action and Presidential Power: A Theory”, in *Presidential Studies Quarterly*, vol. 29, n. 4, 1999, pp. 850-872.

⁶²⁵ Conforme Kenneth Mayer: “an executive order is a presidential directive that requires or authorizes some action within the executive branch. Presidents have used executive orders to establish policy, reorganize executive branch agencies, alter administrative and regulatory processes, affect how legislation is interpreted and implemented, and take whatever action is permitted within the boundaries of their constitutional or statutory authority” (MAYER, Kenneth R., “Executive Orders and Presidential Power”, in *The Journal of Politics*, Vol. 61, n. 2, 1999, p. 445).

⁶²⁶ Segundo Kenneth Mayer: “Executive orders are important to presidents, and their use reflects much more than simple administrative routines or random noise. Presidents use them to make substantive policy, exercise emergency powers, strengthen their control over executive branch agencies and administrative processes, emphasize important symbolic stances, and maintain their electoral and governing coalitions. Their use varies in predictable ways in accordance with substantive changes in political context. (...) Even within the constitutional constraints of the separation of powers, presidents can use executive orders to alter and adapt government structure, processes, and policies. A president's ability to effect major policy change on his own is in many instances less dependent on personality or powers of persuasion than on the office's formal authority and the inherent characteristics of governing institutions” (MAYER, Kenneth R., “Executive Orders and Presidential Power”, in *The Journal of Politics*, Vol. 61, n. 2, 1999, pp. 462-463).

Pública⁶²⁷, por vezes tocam questões sensíveis, que poderiam (ou deveriam), perfeitamente passar pelo crivo do Congresso, como, por exemplo, decretos sobre ação afirmativa⁶²⁸ e modelos institucionais de políticas regulatórias⁶²⁹.

Os adeptos da teoria da ação unilateral sustentam, nos EUA, que os Presidentes tendem a se valer mais das *Executive Orders* quando diante de forte oposição no Congresso⁶³⁰. Nesse sentido, a utilização desse expediente tende a ser inversamente proporcional à força do Presidente no Congresso⁶³¹. Sempre que o presidente (*agent*) souber que não receberá apoio do Congresso (*principal*), ele terá incentivos para superar o impasse agindo de maneira a usurpar poderes.

Kenneth Mayer testou essa percepção, e tentou desvendar qual seria o ambiente político mais propício a incentivar o uso dessas medidas. O pesquisador esperava dados empíricos que demonstrassem que a adversidade parlamentar e baixos níveis de popularidade presidencial levariam ao incremento do uso das *executive orders*. Governos com base parlamentar minoritária teriam incentivos para contra-atacar com uma presidência unilateral. Entretanto, ao contrário do que esperava, os dados colhidos pelo cientista indicaram que os cenários de governo dividido (*i.e.*: quando o Congresso é majoritariamente contrário ao Presidente, *e.g.*, quando o Presidente é Democrata e o Congresso é de maioria Republicana), conviveram com níveis mais baixos de edição desses decretos. Já em circunstâncias de consenso, houve aumento do número de decretos.

Conforme destacam Carlos Pereira, Timothy Power e Lucio Rennó⁶³², as descobertas de Kenneth Mayer não surpreenderiam os adeptos da teoria da delegação. Para tal perspectiva, na linha dos influentes estudos de Mathew McCubbins, Roger Noll e Barry Weingast (que passaram a ser conhecidos, em conjunto, com o pseudônimo de McNollGast) entende-se que os Presidentes e a Administração Pública não são os únicos beneficiados com a sua própria

⁶²⁷ V., por exemplo, a Executive Order n. 11.541, de 1º de julho de 1970 (*Prescribing the duties of the Office of Management and Budget and the Domestic Council in the Executive Office of the President*).

⁶²⁸ V. Executive Order n. 10.925, de 6 de março de 1961, *Establishing The President's Committee On Equal Employment Opportunity*, editada pelo Presidente J. F Kennedy, que determinou que empresas contratadas pelo governo implementassem políticas de ação afirmativa.

⁶²⁹ V. a Executive Order n. 13.563, de 18 de janeiro de 2011, (*Improving Regulation and Regulatory Review, behavior law*).

⁶³⁰ GLEIBER, Dennis W., e SHULL, Steven A. "Presidential Influence in the Policymaking Process", in *The Western Political Quarterly*, vol. 45, n. 2, 1992, pp. 441-467.

⁶³¹ KRAUSE, George e COHEN, David, "Presidential use of Executive order, 1953-1994", in *American Politics Quarterly*, vol. 25, n. 4, pp. 458-471.

⁶³² PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. "Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case", in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, 181.

atuação normativa. Políticos delegam funções a burocratas porque querem obter informações, flexibilidade na definição de gastos públicos, solução para complexas situações de barganha (quando é melhor decidir por não decidir), ou mesmo para se afastarem de eventuais acusações de fracasso da política que venha a ser adotada pela Administração Pública⁶³³. Segundo McNollGast, por exemplo, muito das transferências de poderes do Legislativo para o Executivo é fruto do interesse dos próprios políticos (delegantes) em reter controle na formação de políticas públicas, o que pode ser feito, *e.g.*, por meio de regras procedimentais rigorosas para áreas específicas⁶³⁴. Vale dizer: de certo modo, o Congresso retém controle sobre o seu delegatário; ou pelo menos assume o risco.

Além disso, para essa corrente, apenas é possível entender as razões pelas quais o Congresso delega, se for avaliada a dificuldade que o próprio Parlamento tem em aprovar uma determinada lei e suas especificações. O compromisso e a vagueza de linguagem acabam sendo preferíveis e sendo uma escolha racional quando a tomada de decisão e o consenso são difíceis. Ou, colocado de outra forma, quando os custos de transação são muito elevados, e os eventuais benefícios dos acertos da política são difusos, como destacam David Epstein e Sharyn O'Hallaran⁶³⁵, a opção pela delegação é natural.

Por exemplo: pense-se na política de segurança em aviação civil, a qual é tida como carecedora de elevado conhecimento técnico e de baixo retorno político-eleitoral. Com efeito, os criadores de uma determinada política de segurança aérea bem sucedida dificilmente receberão dividendos nas urnas. Se não há acidentes, não se procura saber quem são os responsáveis. *Céu de brigadeiro* não é notícia e não dá voto. Por outro lado, esses mesmos definidores das regras de segurança serão intensamente escrutinados se algo sair errado e acontecer um desastre aéreo. Vale dizer: regular a segurança aeroviária tem apenas lados políticos negativos. O seu sucesso é ignorado, ao passo que seu fracasso ganha todas as manchetes. Por conta disso, a verdade é que, mesmo que os legisladores tivessem todo tempo do mundo para estudarem o assunto, eles teriam enormes incentivos para delegar esse tipo de

⁶³³ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. "Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case", in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, p. 181.

⁶³⁴ MCCUBBINS, Matthew D., NOLL, Roger G. e WEINGAST, Barry R., "Administrative Procedures as Instruments of Political Control", in *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 3, n. 2, 1987, p. 246. V., tb. MCCUBBINS, Matthew D., NOLL, Roger G. e WEINGAST, Barry R., "Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies", in *Virginia Law Review*, vol. 75, n. 2, Symposium on the Law and Economics of Bargaining, 1989, pp. 431-482.

⁶³⁵ EPSTEIN, David e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

decisão. Nesse cenário, a delegação é quase irresistível⁶³⁶.

Por outro lado, políticas de definição de tributos, as quais podem gerar benefícios eleitorais, a despeito de demandarem, muitas vezes, empenho legislativo para que seja superado algum desconhecimento técnico, tendem a gerar incentivos a legislações mais detalhadas, apta a esvaziar o espaço de manobra do Administrador Público. Legisladores têm incentivos para desonerarem setores econômicos que apoiaram suas candidaturas, por exemplo⁶³⁷. Por isso, terão incentivos para não deixar ao Administrador Público esse tipo de decisão⁶³⁸.

Uma variável importante a merecer destaque é a possibilidade de supervisão legislativa. Quanto maior a capacidade de o legislador controlar seus delegatários, inclusive pela via judicial, maiores serão os incentivos à delegação⁶³⁹. Se o legislador souber que pode rever a ação administrativa, ele se sentirá mais confortável para delegar, ainda que não saiba o resultado que poderá alcançar na via judicial. Por exemplo: um partido político não sabe, exatamente, o resultado que terá ao levar uma questão ao STF por meio de ação direta, embora possa optar, racionalmente, por esse caminho, se a delegação estiver levando a resultados indesejáveis. O ponto é que se trata de uma análise dos incentivos que levam aos legisladores a abrirem mão de certas decisões. Isto é: não se trata de *by-pass*, mas de uma escolha racional pela delegação, que também diminui os problemas dos ciclos de votação descritos por Kenneth Arrow, explicado acima.

Nesse sentido, a teoria da delegação rejeita a ocorrência de usurpação. O que há é um processo consciente de transferência de poderes em que legisladores e administradores têm incentivos para acreditar que ambos saem ganhando. A opção legislativa entre estatutos específicos e detalhistas ou lacônicos e indefinidos passa por um juízo racional que envolve uma equação complexa de evitar custos elevados de transação, ou mesmo de tentar beneficiar-se do sucesso da política (viabilizada pela delegação a um ente especializado ou direcionada

⁶³⁶ EPSTEIN, David e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p. 8.

⁶³⁷ Apoio que pode vir lícita, ou ilícitamente. Cabe reflexão, a ser objeto de outros estudos, sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que proibiu o financiamento de campanha por pessoas jurídicas (v. STF, ADI 4650, rel. Min. Luiz Fux, concluído em 17.09.2015).

⁶³⁸ EPSTEIN, David e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, pp. 8-9.

⁶³⁹ Nas palavras de Nuno Garoupa e Jud Mathews: "Generally speaking, the legislature's choice will depend on the cost of writing detailed statutes, on the alignment of interests between legislature and agency, on the ability to rely on courts (monitors), and on the possibility of palliatives (using other strategies, including the "fire alarm" strategy of putting triggers in the statute to make agency missteps highly public)" (GAROUPA, Nuno e MATHEWS, Jud. "Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review", in *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n. 1, 2014, p. 6).

pelas especificações legais). O caminho da delegação aparece, ainda, como uma possibilidade para que o legislador culpe o mau administrador, que não soube lidar com a própria liberdade (*blame shifting*), o que pode ser muito conveniente para legisladores que desconhecem a realidade técnica de certas matérias (assimetria de informações)⁶⁴⁰.

A teoria da delegação foi música para os ouvidos dos entusiastas do sucesso do presidencialismo de coalizão brasileiro. Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi⁶⁴¹, nesse sentido, desenvolveram a tese de que as funções normativas do Poder Executivo são instrumentos importantes para a manutenção de uma boa relação com o Poder Legislativo. Não se trata de imposição e subjugação de um Poder sobre o outro. Mas de um processo de diálogo horizontal com a base de sustentação do governo. O *quanto* delegar, o *que* delegar, ou *quando* delegar são questões a serem resolvidas na gestão da coalizão, de acordo com os custos envolvidos. O silêncio congressual na aprovação do exercício de capacidades normativas denotaria não um estado de sujeição, mas de aquiescência, de cooperação⁶⁴². O Parlamento brasileiro não teria criado uma situação ruim para si próprio, mas apoia o governo, fortalecendo a coalizão, enquanto e na medida em que isso for conveniente.

Segundo Gary Reich⁶⁴³, que segue a mesma linha, o exercício de funções normativas pela Administração no Brasil é exemplo de um processo consciente de delegação promovida por um Parlamento em que não são valorizadas a senioridade e o conhecimento técnico. Assim, os legisladores preferem dotar a Administração Pública de funções criativas e exercer um controle *a posteriori* (supervisão legislativa), em cada caso, o que acaba por reduzir custos de transação.

Thimoty Power, Carlos Pereira e Lucio Rennó testaram empiricamente a aplicação da teoria da delegação no Brasil entre os anos 1988 e 1998 (governos José Sarney, Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso)⁶⁴⁴. O objetivo era verificar se o

⁶⁴⁰ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. “Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case”, in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, p. 181.

⁶⁴¹ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. “Congress and decision-making in democratic Brazil”, in *Brazil since 1985: Economy, polity and society* (org.: Maria D’Alva Gil Kinzo e James Dunkerley), Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, 2003.

⁶⁴² Nesse sentido, interpretando juridicamente a intensidade da prática de edição de medidas provisórias como uma mutação constitucional à luz da teoria da delegação de Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, v.: SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 97.

⁶⁴³ REICH, Gary. “Executive Decree Authority in Brazil: How Reactive Legislators Influence Policy”, in *Legislative Studies Quarterly*, vol. 27, n. 1, 2002, pp. 5-31.

⁶⁴⁴ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. “Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case”, in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, pp. 178-200.

funcionamento concreto do presidencialismo brasileiro indicava uma realidade de usurpação ou delegação. As hipóteses seriam as seguintes: cenários com um Congresso cooperativo e um presidente forte perante a opinião pública (popularidade alta conforme os institutos de pesquisa) deveriam levar ao aumento da atividade normativa do Poder Executivo (especificamente a edição de medidas provisórias), o que comprovaria a teoria da delegação. Diante de coalizões estáveis, incrementar-se-ia a atividade normativa presidencial. Os Poderes estariam alinhados e cooperativos. Ambos sairiam ganhando.

Já para a teoria da usurpação, um cenário de coalizão funcional levaria à diminuição da edição de medidas provisórias, pois o Presidente sabe que sua agenda será aprovada pelas vias ordinárias e não gostaria de desgastar essa boa relação editando medidas provisórias.

Por outro lado, ambientes políticos de governo dividido, com presidentes fracos perante a opinião pública e Congresso reativo, deveriam levar, para os adeptos da teoria da usurpação, a uma ação unilateral e aumento do número de MPs. Esse mesmo cenário, para a teoria da delegação, deveria levar à diminuição desse número, pois os custos da gestão da coalizão já estariam suficientemente elevados.

Após a análise de tais dados, a conclusão dos pesquisadores foi a de que, no Brasil, há evidências tanto de processos de delegação, quanto indícios de usurpação⁶⁴⁵. Alguns presidentes, como é o caso de Fernando Henrique Cardoso, mostraram-se grandes beneficiários do processo de delegação consciente e racional das casas legislativas. Todavia, visto em perspectiva de 10 anos, há amostras que apontam no sentido de que, por vezes, o intuito foi mesmo o de ação unilateral e usurpação (em todos os governos).

Segundo Timothy Power, Carlos Pereira e Lucio Rennó, essas inconsistências nos dados indicam duas observações⁶⁴⁶. *Primeiro*: não existe uma teoria que se adeque perfeita e genericamente à ação presidencial no Brasil. *Segundo*: o processo de delegação é contingente e condicionado. Ele depende de muitas variáveis contextuais que não são captadas, ainda, pelos estudiosos. Se, conforme afirmam os cientistas, a Constituição de 1988,⁶⁴⁷ claramente delegou função normativa ao Presidente (e.g.: no art. 62), isso não implica que o jogo entre Legislativo e Executivo esteja imune a situações de usurpação, notadamente quando variáveis

⁶⁴⁵ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. “Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case”, in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, p. 195.

⁶⁴⁶ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. “Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case”, in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, p. 196.

⁶⁴⁷ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. “Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case”, in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, p. 196.

econômicas e políticas são consideradas (planos econômicos, *e.g.*, já modificam essa realidade). Logo, finalizam, é importante ter cautela ao se afirmar, categoricamente, que a realidade do presidencialismo de coalizão brasileiro aponta para cenários de usurpação ou de cooperação. Há mais variáveis que precisam ser estudadas para que se indiquem quais são as verdadeiras patologias que levam ao *decretismo*⁶⁴⁸.

Em todo caso, a ciência política indica que não é o simples fato de o presidente gozar de funções normativas que conduzem ao surgimento de um caudilho. Um presidente forte pode ser benéfico quando suas atribuições são configuradas de uma maneira voltada a encorajar a deliberação e a barganha institucional no processo legislativo, ao invés de simplesmente garantir um processo de substituição da vontade dos legisladores ou o bloqueio da formação de próprias políticas públicas advinda dos parlamentares⁶⁴⁹.

O Presidente brasileiro depende do Congresso para implementar sua agenda e precisará negociar com sua base de forma permanente. Por mais poderoso que ele seja – e isso é tido por importante, para que se mitiguem as dificuldades geradas pela fragmentação – as instituições desenhadas pela Constituição de 1988 parecem ter sido capazes de assegurar estabilidade democrática. Notadamente pelas inúmeras possibilidades de controle da ação governamental, que vão muito além da via judiciária, como será aprofundado adiante.

2.6 Encerramento da segunda parte.

No final do seu segundo mandato e já trabalhando para eleger sua sucessora, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva disse que “[*s*]e Jesus Cristo viesse para cá, e Judas tivesse a votação num partido qualquer, Jesus teria de chamar Judas para fazer coalizão”⁶⁵⁰. Se, por um lado, a afirmação é desalentadora, por outro indica, ainda que de forma caricata, como as instituições efetivamente laboram. Assim, sem embargo do exagero do Presidente

⁶⁴⁸ PEREIRA, Carlos, POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lucio. “Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case”, in *The Journal of Politics*, vol. 67, n. 1 2005, p. 196.

⁶⁴⁹ CAREY, John. “What sort of strong presidents?”, in *Making Presidentialism work*, org.: Andrew Ellis, J. J. Oroszco Henríquez e D. Zovatto, Goteborg: IDEA, 2009, p. 173, *apud* MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 34.

⁶⁵⁰ Entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo em 22 de outubro de 2009, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2210200902.htm>, acesso em 24.10.2015. Segundo Lula: “Qualquer um que ganhar as eleições, pode ser o maior xiita deste país ou o maior direitista, não conseguirá montar o governo fora da realidade política. Entre o que se quer e o que se pode fazer tem uma diferença do tamanho do oceano Atlântico” (idem, *ibidem*).

que apreciava metáforas futebolísticas, a afirmação de Lula indica o tipo de *pelada* jogada na praça contígua ao Palácio do Planalto e ao Congresso Nacional⁶⁵¹.

Um jogo que requer a atenção do estudioso do direito público, porque será esse o contexto em que serão aplicadas as regras e os princípios constitucionais destinados a consolidar um efetivo Estado Democrático de Direito. Não é possível fechar os olhos a esse futebol ao se exigir legalidade exauriente e se determinar um comando peremptório de indelegabilidade. Deve-se estar ciente de que esse tipo de postura pode agravar problemas e inviabilizar *passes* ou *lançamentos* que podem levar a *goals*. E eles vêm sendo marcados e representam o êxito institucional brasileiro, o qual não se deveu a uma postura neoditatorial de um presidente muito forte. Trata-se de resultado de uma dinâmica complexa de coalizão e meios de controle plurais, que se iniciam nas negociações para a formação da base de apoio presidencial e delegações conscientes por parte do Parlamento. Tudo isso com a supervisão, do outro lado daquela praça, do Supremo Tribunal Federal, e não muito longe dali, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União e da Polícia Federal.

É esse feixe de relações que indica os arranjos institucionais que têm feito o Brasil funcionar de forma estável após a redemocratização. O direito deve considerá-lo nas suas próprias propostas, e entender que sua capacidade de transformação tem limites na vida real. Sem se descuidar desses limites, cabe ao direito lidar com o cenário do presidencialismo de coalizão, buscando mitigar seus problemas.

Assim, no Direito Administrativo, o princípio da legalidade, que não foi cunhado para a realidade partidária fragmentária do Brasil, deverá ser recolocado como um instrumento de calibragem da tensão institucional entre os Poderes, e de criação de custos de transação a serviço da democracia e da proteção da liberdade. Ou, ainda, com inspiração na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann⁶⁵², a legalidade administrativa deverá encontrar o ponto ótimo de irritação do sistema político no seu processo de acoplamento estrutural com o Direito Administrativo.

É diante disso que entendemos que a indelegabilidade deve ser entendida como um dever de deliberação e de superação dos custos a ela associados. Não se pode exagerar na dose, para que os custos não sejam excessivos e se tenha imobilismo, ou mesmo incentivos

⁶⁵¹ O recente livro do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso não indica cenário diverso. A realidade é de construção pragmática de uma base de apoio no Congresso. Em suas palavras: “*se não existe uma base de apoio político, é muito difícil o governo fazer as modificações de que o Brasil necessita*”. E mais adiante: “*Essa base de apoio eu a estendi depois das eleições e peguei o PMDB (...), e vejo assim o futuro também. Seja eu o presidente ou outro (...), ninguém vai poder governar o Brasil sem ampla base de apoio*” (CARDOSO, Fernando Henrique. *Diários da presidência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, edição eletrônica para o Kindle).

⁶⁵² LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*, Petrópolis: Vozes, 2011.

fortes à corrupção⁶⁵³. Mas alguma prescrição desse medicamento deve haver, ou seria o mesmo que desistir da democracia representativa, que possui custos inerentes, e da capacidade normativa e de aperfeiçoamento institucional do direito.

Se a *vontade geral do povo* é um mito, isso não implica a desnecessidade da indelegabilidade em temas sensíveis. A doutrina da indelegabilidade, como propõe Cass Sunstein⁶⁵⁴, deve permanecer eficaz não como uma bandeira radical de rejeição às capacidades normativas da Administração Pública, mas no formato de *cânones interpretativos*, os quais, para a realidade brasileira, apontam um sentido para a redefinição das formas de vinculação administrativa à lei com um olhar pragmático. Por vezes, é desejável e constitucional que instituições lidem com os custos da formação da coalizão para que se extraia uma vontade legislativa clara. É o que será destacado na próxima parte, a qual explica, ainda, a mutação constitucional da regra da indelegabilidade.

Uma ressalva antes de seguirmos. O presidencialismo é aqui tomado como um dado. Uma proposta democrática que tem feito o Brasil progredir. Não é nosso objetivo discutir se essa seria a melhor estratégia. Vale dizer: não se trata de defender ou rejeitar o presidencialismo, mas aceitar que a Constituição optou por esse modelo, o qual foi posteriormente confirmado em consulta popular. É diante dessa realidade que apresentamos nossa abordagem sobre o poder regulamentar.

⁶⁵³ Como explica Susan Rose-Ackerman: “*Corrupt incentives exist because state officials have the power to allocate scarce benefits and impose onerous costs*” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p. 39). Uma doutrina da indelegabilidade forte implica que a Presidência da República terá de lidar, com maior intensidade, com a escassez na sua base de apoio, sendo tentada a buscar instrumentos ilegítimos de compra de votos (como foi o caso do *mensalão*). A propósito, v. PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. “Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas”. In *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234.

⁶⁵⁴ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, cap. 6. Tal capítulo incorpora o seguinte trabalho do autor: SUNSTEIN, Cass. Nondelegation Canons. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 67, n. 2, fev. 2000, pp. 315-343.

3 DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS PARA A REALIDADE INSTITUCIONAL BRASILEIRA.

*“Mas uma Constituição é, sobretudo, um instrumento de ação para o bem comum de determinado povo; não vale pelo apêgo a fórmulas abstratas e sim pela correspondência entre os seus preceitos e as necessidades do povo a cujo governo se destina. É preciso, por isto, ter a coragem de romper com velhos cânones e de inovar segundo as condições do ambiente.”*⁶⁵⁵

Miguel Seabra Fagundes

3.1 Apresentação.

A epígrafe desta Terceira Parte foi extraída de conferência realizada por Miguel Seabra Fagundes no Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, em 26 de outubro de 1955. Vigorava a Constituição de 1946. O Presidente da República era Café Filho, que só governou entre o suicídio de Getúlio Vargas em 24 de agosto de 1954 e o final de 1955. O Congresso era acusado de imobilismo. O Presidente sublinhava que era preciso reformar a Constituição. O regime criado em 1946 era tido como culpado da impossibilidade prática de se governar⁶⁵⁶.

A fala de Seabra Fagundes, obviamente, dirigia-se aos problemas da época. O Brasil vivia situação muito diversa daquela surgida a partir de 1988. Nada obstante, suas palavras poderiam ser atuais. Havia uma crise institucional e era necessário que fossem feitas reformas⁶⁵⁷. Se não vivemos problemas de mesma gravidade⁶⁵⁸, que não demandam remédios tão drásticos quanto os debatidos nos anos 1950, é certo, porém, que a realidade brasileira de 2015 pede, novamente, que, *com coragem, sejam rompidos velhos cânones constitucionais, para inovar institucionalmente, segundo as condições do ambiente em que vivemos.*

⁶⁵⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. “Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras”, in *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial, dez. 2013, p. 100.

⁶⁵⁶ Como anota Luís Roberto Barroso sobre a Constituição de 1946: “como instrumento de governo, ela foi deficiente e desatualizada desde a primeira hora” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2000, p. 26).

⁶⁵⁷ Nas suas palavras: “Nesta altura da vida brasileira a ninguém escapa que as nossas instituições político-constitucionais se debatem numa grave crise, entre cujas causas estão, assim os defeitos e insuficiências do direito positivo, constitucional ou ordinário, como a queda dos padrões morais na prática do regime. A conjuntura política e social reflete, hoje, os altos e baixos, as incoerências, as insinceridades, as ousadias, os ardis de cerca de vinte e cinco anos de deplorável clima político” (FAGUNDES, Miguel Seabra. “Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras”, in *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial, dez. 2013, p. 88).

⁶⁵⁸ Segundo Afonso Arinos: “Instrumentalmente, dois defeitos abreviaram a vida da Constituição [de 1946]. O primeiro (verdadeiro absurdo no regime presidencial) residia na possibilidade de o presidente e o vice-presidente serem eleitos por partidos diferentes. O segundo era a coexistência do voto proporcional, com o regime presidencial” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 128).

Daí a inspiração para este trabalho e, em especial, para esta Terceira Parte: romper com o conceito fundacional da indelegabilidade, procurando entender, com certa dose de ousadia, como um sistema de delegações e alargamento da atribuição regulamentar pode estar, em muitos casos, a serviço das finalidades constitucionais, segundo o ambiente em que inserido o funcionamento da nossa democracia instituída pela Constituição de 1988, em seu constante processo de evolução.

Nesse passo, cabe um registro interessante. O mesmo Miguel Seabra Fagundes que tornou clássica a afirmação de que à Administração compete *aplicar a lei de ofício*, embora reconhecesse a inviabilidade das delegações legislativas em face do art. 36, §2º, da Constituição de 1946, na mesma Conferência citada acima afirmou, sem temor, que:

A ação do Poder Executivo na feitura das leis tem sido admitida por todos os povos. A delegação é mais comum sob o regime parlamentar, porém, nada impede, porque tudo é uma questão de criação do legislador constituinte, que, convido à prática do regime presidencial, sob êste seja ela admitida. No campo das instituições políticas o que vale primordialmente é a funcionalidade, é a eficiência, é a utilidade das fórmulas na sua transplantação à realidade ambiente, e não a harmonia das regras com modelos teóricos⁶⁵⁹.

Como será explicado adiante, não nos parece que o problema demande, para os dias de hoje, alteração constitucional. O caso é de *mutação*.

Pois bem. Do ponto de vista da estrutura deste trabalho, os capítulos que integram esta Terceira Parte constituem uma síntese das duas primeiras. O intento é aplicar às concepções convencionais da literatura jurídica das delegações os *insights* trazidos pela ciência política descritiva. Ou, em outras palavras, de entender como o contexto político pode ajudar a redefinir e aperfeiçoar o sentido da legalidade administrativa e do poder regulamentar.

Defende-se uma abordagem que conjugue, *de um lado*, a compreensão da realidade trazida pela ciência política com, *de outro lado*, os modelos prescritivos oferecidos pelo princípio da legalidade enquanto comando voltado a garantir a democracia representativa e a liberdade individual. A hipótese que apresentamos é a de que uma postura de luta contra qualquer espécie de delegações e atividades criativas da Administração Pública, como a que adota a doutrina da indelegabilidade, pode ser simplesmente contrária às finalidades propugnadas por seus defensores. Vale dizer: gritos de guerra contra as delegações legislativas tendem a incrementar os problemas da política brasileira, ao mesmo tempo em que desconsideram o potencial positivo que um modelo de Administração Pública criativa pode ter para o regime instituído pela Constituição de 1988. Deve-se ajustar a dose, sem que, por outro lado, se descuide das finalidades que a própria noção de indelegabilidade carrega.

⁶⁵⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. “Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras”, *in Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial, dez. 2013, pp. 94-95.

3.2 Como as delegações legislativas são tratadas no Brasil e as insuficiências da doutrina

Numa síntese didática, há três enfoques gerais para o problema das transferências normativas à Administração Pública no Brasil: (i) o tradicional, aqui denominado *doutrina da indelegabilidade*, que nega fortemente a possibilidade de delegações, (ii) o principiológico, que trataremos por *doutrina da juridicidade*, que acaba por admitir significativo nível de delegação, na medida em que, partindo da sofisticada teoria dos princípios e do dever de proporcionalidade, reconstrói a noção de vinculação administrativa ao direito e legitima a atuação da Administração Pública com fundamento direto na Constituição, e (iii) o pragmático-intuitivo (*doutrina pragmática-intuitiva*), que simplesmente se conforma com o processo de delegações como um traço inafastável do Estado contemporâneo, marcado pela insuficiência da lei e a necessidade de um Poder Executivo capaz de dar respostas (inclusive normativas) rápidas diante das demandas atuais.

Uma observação importante: cada uma dessas três perspectivas, evidentemente, tem nuances e graus de sofisticação em autores diversos que não serão explorados aqui. Num paralelo com a sociologia, trata-se, em alguma medida, de trabalhar com *tipos ideais weberianos*, conceitos que não se voltam a “forçar esquematicamente a vida histórica infinita e multifacetária”, mas significados que sejam “úteis para finalidades especiais e para orientação”⁶⁶⁰. O objetivo é expor classificações mais generalistas para fins didáticos.

3.2.1 A doutrina da indelegabilidade.

Para a doutrina da indelegabilidade, o Administrador Público, com baixa margem de manobra, está vinculado positivamente à *lei formal do Parlamento*⁶⁶¹. A ele é vedado agir sem autorização legal⁶⁶², como também – por maioria de razão – inovar no ordenamento jurídico, *i.e.*, criar o direito. Se houvesse tal possibilidade, haveria sério risco de autoritarismo. A liberdade estaria em jogo e os direitos seriam desprotegidos pelo acúmulo de

⁶⁶⁰ WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Org. H. H. Gerth e C. W. Mills, 5ª ed., Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1982, p. 345.

⁶⁶¹ V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Lei e regulamento – a chamada ‘reserva de lei – As delegações legislativas disfarçadas”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 49/50, 2005, p. 5-16.

⁶⁶² Essas ideias já são vistas desde a obra de Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, para quem: “O poder administrativo está essencialmente subordinado ao Legislativo. Os seus atos não têm valor senão enquanto são consequências ou estão conformes as leis que emanam deste último” (SOUZA, Paulino José Soares de, em trecho de seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862, cfr. se pode ver em: Visconde de Uruguai. Coleção Formadores do Brasil, org. de José Murilo de Carvalho, São Paulo: Ed. 34, 2002, p. 97).

poderes nas mãos do Administrador. A ele só cabe aplicar – e não criar – o direito. O Administrador deve seguir o que quis o legislador, figura superior e capaz de alcançar os desígnios do eleitorado que representa. Nesse sentido, os anseios do agente público devem ser estreitados por leis que limitem e ditem o próprio sentido da sua vontade. Sua pretensão regulamentar deve, no máximo, ser a *fiel execução da lei* (art. 84, IV, CRFB), o que significa, para essa corrente, nada mais que dar operacionalidade⁶⁶³ ao que o legislador, de forma necessariamente maximalista, definiu de antemão⁶⁶⁴.

São possíveis inúmeras críticas a essa perspectiva, as quais foram expostas ao longo desta tese. Nesta quadra, cabe destacar, em síntese, que essa linha de ideias peca: (i) por distorcer suas bases teóricas; (ii) ignorar a vitória de um Estado que muito dificilmente funcionaria sem o Poder Executivo com papel de criação e não de simples aplicação da vontade legislativa; bem como, (iii) o que interessa especialmente a este estudo, por não levar em conta os custos e dificuldades inerentes à formação de uma vontade legislativa exauriente.

Com efeito, a doutrina da indelegabilidade, corolário de um princípio da legalidade forte e de uma noção de separação de Poderes utópica, desvirtua boa parte das ideias iluministas que lhe dariam sustentáculo. É que a possibilidade de ação administrativa desvinculada da *lei* – fruto de uma vontade externa do Administrador – foi admitida, mesmo que excepcionalmente, pelos arquitetos das teorias que dariam sustentação a essas teses. É assim que: (i) Montesquieu reconheceu a participação do Poder Executivo no processo de formação da vontade legislativa por meio do poder de veto e sanção, o que torna a lei também produto da vontade da Chefia da Administração Pública; (ii) Locke admitia o poder de prerrogativa, como uma válvula de escape à lei para situações excepcionais; (iii) e até mesmo

⁶⁶³ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, o grande advogado dessa perspectiva, ao regulamento cabe apenas “produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (Curso de Direito Administrativo, 29ª ed., p. 343). E mais. Segundo o mesmo autor, os regulamentos somente serão consoantes com o princípio da legalidade quando “no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus operandi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados, a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém” (op. cit., p. 366).

⁶⁶⁴ Vale dizer: nessa linha de raciocínio, o regulamento nada mais é do que um instrumento de concretização estrita das opções legislativas, que devem ser claras e detalhadas. Jamais será um instrumento de delegação. Mas um elemento mecânico de execução.

Rousseau, no extremo, reconhecia na ditadura a possibilidade de ação normativa do monarca como forma de salvação do próprio Estado⁶⁶⁵.

Em verdade, as delegações são uma prática firme no Direito Administrativo brasileiro. Tão recorrente que sustentar a legalidade da maneira apaixonada como a linha tradicional revela: (i) ou um nível profundo de insinceridade intelectual, acompanhada de uma pretensão de mudança impossível da realidade pelas vias institucionalizadas, ou (ii) uma busca de um modelo de Estado mínimo incompatível com os desígnios do constitucionalismo contemporâneo.

A doutrina da indelegabilidade desconsidera as (in)capacidades institucionais do Poder Legislativo⁶⁶⁶ e dá pouco peso para as potencialidades democráticas e técnicas da Administração Pública na promoção de necessidades coletivas. Isso fica ainda mais claro quando se verifica que os advogados dessas teses não avaliam as implicações das suas pretensões no funcionamento da democracia presidencial brasileira. Eis o ponto que queremos destacar. Sem se debruçar sobre o *modus operandi* dos Poderes políticos no processo de delegação, a doutrina da indelegabilidade possui muitos pontos cegos ao deixar de lado que a defesa de um Direito Administrativo estritamente vinculado à suposta vontade maximalista dos membros do Parlamento potencializa patologias da democracia brasileira, que não funciona num ambiente deliberativo idealizado, mas num processo intenso de trocas para o alinhamento da coalizão, com baixo teor de representatividade⁶⁶⁷.

Como visto na Segunda Parte, não se pode negar que o esforço de alinhamento de coalizão também pode ser correlacionado a mais grave e crônica falha do sistema político brasileiro: a corrupção, tendo sido o escândalo do *mensalão* o seu exemplo notório mais

⁶⁶⁵ Para essa análise crítica das origens clássicas da legalidade administrativa, destacando as contradições do pensamento liberal, v. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2ª reimpressão, 2011, pp. 45-89.

⁶⁶⁶ Luís Cabral de Moncada, na introdução do seu tratado de mais de 1000 páginas sobre a lei e regulamento, dá o tom desse tipo de perspectiva, segundo a qual o objetivo é “tão só analisar a evolução das relações entre a administração e a lei sem colocar a questão da legitimidade desta, antes a pressupondo como dada, como presente” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra ed., 2002, p. 7).

⁶⁶⁷ Apontando a inconstitucionalidade desse cenário a partir de uma leitura, a nosso ver, idealizada de democracia, v.: MARTINS, Fernando Barbalho. *Do direito à democracia: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

recente⁶⁶⁸. O custo de governabilidade no Brasil já é muito alto. Querer incrementá-lo com uma legalidade forte sem maiores reflexões pode gerar mais problemas.⁶⁶⁹

3.2.2 A doutrina da juridicidade

A doutrina da juridicidade, como já anunciado na primeira parte, tem por desígnio principal o de reconduzir a administração pública a um conjunto de ações pautadas pela Constituição⁶⁷⁰. O movimento é de constitucionalização do Direito Administrativo, num discurso de legitimação do agir público que, ainda que não a dispense totalmente, prescinde da intermediação do legislador.

É possível inferir, numa leitura geral, que para a doutrina da juridicidade, a delegação legislativa pode ser tida como um *não problema*. Na verdade, a questão acaba sendo recolocada em outro nível: se o Administrador aplica diretamente a Constituição, inclusive *contra legem*, a possibilidade da delegação será respondida não perante a vontade do legislador, mas no exame direto da constitucionalidade da ação administrativa. Isto é: se a ação administrativa e seus regulamentos podem ser justificados diretamente na Constituição, quer por meio de subsunção, em caso de regras, quer por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade, no caso de princípios, a lei e seus processos de transferência de atribuições perdem importância. A delegação deixa de ser um problema porque a ação legislativa diminui de significado. O Administrador é intérprete direto da Constituição, com a possibilidade constante e alargada de supervisão judicial, num processo em que o Poder Judiciário se torna o virtual delegatário da função legislativa, porquanto capaz de refazer a ponderação administrativa e redefinir o seu próprio sentido.

⁶⁶⁸ V. PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. “Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas”. In *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234. V., ainda, CARVALHO, Márcio André de. “How logrolling can explain the failure of the government coalition in Brazil”, in RAP (Revista de Administração Pública), vol. 40, n° 5, Rio de Janeiro, set.-out. 2006.

⁶⁶⁹ Clèmerson Merlin Clève já teve a oportunidade de afirmar: “O problema é o custo da governabilidade, um custo de tal modo transbordante que implica práticas transitando na contramão das promessas do Constituinte em relação à boa governança e aos princípios reitores da Administração Pública. O *mensalão* representaria de modo eloquente o que vem de ser afirmado. A exigência de governabilidade, que não é garantida de modo institucional, reclamaria uma espécie de *realismo político* suficiente para justificar determinadas condutas administrativas heterodoxas que vão sendo aceitas com naturalidade e despudor (CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Presidencialismo de coalizão e administração pública”, in *Migalhas de Peso*, 2012, disponível *on line* em www.migalhas.com.br, acesso em 06.09.2012). Na verdade, a afirmativa de Clèmerson Merlin Clève precisa ser colocada em outros termos. O presidencialismo de coalizão criou um sistema de custos políticos que efetivamente contém o arbítrio. É claro que o modelo tem problemas e patologias. Mas é esse o modelo consagrado pela realidade constitucional brasileira. Rejeitá-lo peremptoriamente não soluciona o problema. É preciso lidar com ele e buscar seu aprimoramento.

⁶⁷⁰ V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37; e BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

De fato, o *princípio da juridicidade* não necessariamente estreita a vontade administrativa às opções dos representantes eleitos do povo. Na verdade, ele tem o potencial destino de subordinar a Administração Pública a um forte direcionamento pelo Poder Judiciário. Serão os juízes os atores que aferirão o acerto da ponderação administrativa, fazendo surgir um novo problema de delegação (aos juízes), o que incrementa o déficit de legitimidade causado pela transferência de poderes inicialmente feita pelo legislador ao Administrador.

Vale repisar: o discurso de legitimação do Direito Administrativo pela vinculação direta à Constituição é também instrumento de reforço da capacidade de controle da Administração Pública por juízes não eleitos e sem conhecimentos técnicos. A despeito das vantagens trazidas pelo incremento do controle, há desafios quando se consideram aspectos de legitimidade técnica e democrática.

É evidente, contudo, que há remédios para esses problemas e a doutrina da juridicidade prescreve vários deles. Vejam-se, por exemplo, as propostas de fixação de *standards* de controle e o desenvolvimento de doutrinas de contenção judicial⁶⁷¹, com destaque para os estudos relacionados a avaliações das capacidades institucionais envolvidas⁶⁷². Como será exposto adiante, a nossa abordagem acaba contribuindo para as preocupações dessas perspectivas, ao passo em que agrega um viés pragmático à doutrina da juridicidade.

3.2.3 A doutrina pragmática-intuitiva

Outra forma de enfrentar o problema das delegações é a partir de um viés pragmático-intuitivo. Por esse tipo de abordagem, as delegações são aceitas num contexto de inevitabilidade; ou de resultado de uma experiência administrativa realista. A afirmação típica é a de que não é possível um Estado sem delegações legislativas. Ou, ainda, a de que não é viável um Direito Administrativo sem um bom nível de possibilidades criativas pelo agente público a partir da lei. A Administração Pública possui maior capacidade institucional para

⁶⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, cap. V.5. No debate sobre o controle judicial das políticas públicas, v.: FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013, especialmente os capítulos III (“A escolha institucional”) e IV (“Parâmetros de controle das políticas públicas”), pp. 157-285.

⁶⁷² A propósito, teve muita influência o trabalho de SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003. Com foco no direito regulatório, v. o nosso: CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar: 2010.

dar respostas rápidas e técnicas para a realidade cambiante do Brasil contemporâneo. Além disso, a Administração é apta a alcançar resultados melhores com a sua regulamentação que aquilo que seria gerado pela aplicação de uma possível solução legislativa.

Esse discurso pode ser combinado com a doutrina da juridicidade, que insere o argumento das consequências por meio da ponderação da legalidade com o dever de eficiência administrativa. Nesse sentido, ainda que uma determinada delegação seja contrária aos limites da legalidade administrativa, ela poderá ser condizente com o princípio da juridicidade, enquanto resultado da ponderação entre a legalidade formal e o princípio da eficiência.

O problema típico (ou a possível patologia) desse tipo de abordagem é a desconsideração das consequências que um modelo forte pró-delegações possa causar no sistema democrático brasileiro, o que se intensifica diante do alargamento da via de controle judicial. Às vezes, por mais que as normas editadas pela Administração Pública tragam bons resultados, é preciso avaliar se isso não acaba por esvaziar em demasia o processo político que poderia ser desenvolvido no âmbito do Congresso Nacional, nas suas relações com a Presidência da República. Não se trata de buscar, apenas, bons resultados práticos. É preciso considerar, também, que há uma razão para que se exija a submissão ao Poder Legislativo em muitos casos.

Para defender ou rejeitar as delegações legislativas num modelo de legalidade abrandado, é preciso ter consciência de que quanto mais delegação, menores serão os custos políticos no Congresso Nacional e maior será o fortalecimento do Poder Executivo. É preciso, por vezes, considerar a existência de um dever de deliberação no Poder Legislativo, onde as tensões típicas do presidencialismo brasileiro poderão aflorar e os custos políticos (elemento fundamental de controle do arbítrio na nossa realidade) poderão ser negociados. Em outras palavras: deve-se entender exatamente o contexto para que se redefinam os limites e possibilidades da legalidade administrativa. Não basta aceitar de que as delegações são um fato, mas testá-las perante a realidade trazida pela ciência política.

Tal postura intuitiva pragmático-intuitiva pode ser vista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De certo modo, as decisões do STF nos casos em que se discutiu a validade do Regulamento Simplificado de licitações da Petrobras⁶⁷³ acabam tendo esse substrato⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Ver a Introdução da tese.

⁶⁷⁴ Carlos Ari Sunfeld, em sentido que se aproxima de um enfoque pragmático, procura caracterizar a legalidade como um princípio mais flexível, que admite espaços de criação administrativa, tanto na prática de atos discricionários, quanto na edição de regulamentos. Nesse contexto, uma capacidade regulamentar alargada e fruto de leis de baixa densidade normativa acabou sendo legitimados pela experiência (SUNDFELD, Carlos Ari.

Mas esse não é o único exemplo. Na verdade, vê-se na jurisprudência do STF tanto uma tendência de postura pragmática-intuitiva, admitindo-se um poder regulamentar alargado, quanto, por vezes, uma atitude própria da doutrina da indelegabilidade, rejeitando as delegações como contrárias à Constituição, conforme destacado na primeira parte. Basta comparar, por exemplo, o entendimento sobre as leis penais em branco (implicitamente favorável ao alargamento do poder regulamentar⁶⁷⁵), com o julgamento da ADI nº 5.028⁶⁷⁶, em que se decidiu estreitar competências normativas do TSE⁶⁷⁷. O mesmo STF que já disse que “[A] excepcionalidade da delegação legislativa (...) acha-se claramente enfatizada pela norma inscrita no art. 25, I, do ADCT/88”⁶⁷⁸, já decidiu que “[E]m certos casos (...) a aplicação da lei, no caso concreto, exige aferição de dados e padrões. Nesses casos, comete ao regulamento essa aferição”, destacando que, em casos que tais, não há se falar “em delegação pura”⁶⁷⁹ (caso do SAT).

3.3 A proposta desta tese: juridicidade pragmática

Conforme anunciado na introdução, a abordagem que oferecemos para o problema das delegações legislativas é pragmatista. Com uma postura antifundacionalista, almeja-se considerar em que medida a defesa da legalidade, enquanto dever constitucional de deliberação legislativa para fins de *heterovinculação* administrativa, contribui para o

Direito administrativo para céticos, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 231-280). Nas suas palavras, “o direito administrativo como experiência tem incorporado com naturalidade os ditos regulamentos autorizados” (op. cit., p. 277). E prossegue: “não há por que negar que a Administração pode, sim, receber da lei a função de regular extensivamente, por regulamento, matérias e setores, tomando decisões relevantes e significativas e fazendo inovações jurídicas; o que não é viável é ela ser autorizada a fazê-lo sem parâmetros suficientes e controles fixados pela lei, ou fazê-lo naqueles casos em que a Constituição tenha instituído uma reserva específica de lei” (op. cit., p. 278).

⁶⁷⁵ V. STF, HC nº 94.397/BA, 2ª turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 09.03.2010.

⁶⁷⁶ STF, ADI nº 5028, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. para acórdão: Min. Rosa Weber, j. 01.07.2014, DJe 213, div. 29.10.2014, pub. 30.10.2014. Na verdade, o julgamento em questão apreciou, em conjunto, as ADIs 5.028, 4.947, 4.963, 4.965, 5.020, todas de relatoria original do Min. Gilmar Mendes.

⁶⁷⁷ O caso foi analisado no final da primeira parte. Reitere-se que foi decidido que seria possível delegação legislativa, desde que com parâmetros. Todavia, na espécie dos autos, por força do art. 45, § 1º, CRFB, impunha-se “o estabelecimento, por lei complementar, tanto do número total de Deputados, quanto da representação por Estado e pelo Distrito Federal”. Isto é: era exigível uma legalidade exauriente e detalhada. Tal seria uma decorrência da sistemática constitucional relativa aos princípios da legalidade, da separação de poderes e da própria democracia (p. 29 do voto da Min. Rosa Weber).

⁶⁷⁸ Cfr. voto do Min. Celso de Mello apresentado nos autos da ADI nº 1.296 MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14.06.1995, DJ 10.08.1995.

⁶⁷⁹ STF, RE nº 343.446-SC, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 20.03.2003, DJ 04.04.2003, p. 40

funcionamento da democracia brasileira e protege direitos⁶⁸⁰. Isto é: de que maneira o comando de *não delegar* é desejável para o contexto do presidencialismo criado a partir de 1988, enquanto norma apta a promover o regime democrático representativo e defender os particulares do arbítrio.

Nesse sentido, há também aqui, como subjaz no discurso da doutrina da indelegabilidade, uma preocupação com a liberdade. Está-se ciente de que a lei não é, necessariamente, um instrumento mítico de promoção de direitos. Todavia, o processo deliberativo inerente ao funcionamento do Parlamento brasileiro, ainda que não idealizado e marcado pelo presidencialismo de coalizão, cria incentivos para a contenção do arbítrio. O sistema de trocas e tensões nas relações entre o Congresso Nacional e a Chefia do Poder Executivo é dispositivo fundamental para a frenagem da autoridade. É dessa forma que a democracia brasileira tem funcionado e gerado bons resultados, de maneira estável, pelo mais longo período da nossa história. Logo, encontrar o ponto ótimo das delegações é descobrir mecanismo de equilíbrio entre democracia e gestão eficiente da Administração Pública. Em outras palavras, trata-se de esquadrihar desenhos institucionais funcionalmente viáveis para a arquitetura democrática brasileira, que é fruto não só da Constituição, mas também dos limites e possibilidades das instituições reais com que a Lei Maior lida.

A ciência política descritiva é o *locus* intelectual para entender as tensões existentes no processo das delegações legislativas e da vinculação administrativa à legalidade. É apreciando a política real que será viável concluir como uma doutrina sobre as delegações legislativas trará bons resultados, antecipando-se – ao menos no plano especulativo, mas pautado em dados empíricos – suas vantagens e desvantagens. A compreensão do funcionamento institucional brasileiro não significa aceitá-lo como tal. A constatação da ubiquidade das delegações e do presidencialismo de coalizão não deve se desdobrar numa postura de rendição jurídica. Sem se curvar aos fatos, mas compreendendo suas implicações, deve-se encontrar um caminho de aperfeiçoamento institucional que considere a legalidade como uma de suas ferramentas.

Nessa toada, nossas ideias não esvaziam a doutrina da juridicidade. Pelo contrário. Tem-se aqui o desejo de complementar a noção da submissão administrativa à Constituição. A constitucionalização do Direito Administrativo veio para ficar. O agir da Administração

⁶⁸⁰ Tomamos por inspiração, neste passo, as palavras de Carlos Ari Sundfeld, para quem: “A grande missão do administrativista contemporâneo não é tolher a criação administrativa para defender o espaço do legislador. É assegurar que o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-lo” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 235).

Pública pode até, excepcionalmente, prescindir da lei. Mas isso precisa ser colocado em outros termos. Até mesmo porque, nas palavras de Floriano Azevedo Marques Neto, “*em crise não está o princípio da legalidade, mas o conteúdo totalizante da prescrição legal*”⁶⁸¹. A lei tem um papel efetivo que não será eliminado. Ele será transformado.

Essa mudança relaciona-se à ideia de que a noção de juridicidade deverá ser inserida e testada diante do funcionamento do presidencialismo de coalizão. Num contexto em que a necessidade de lei possa ser vista como uma exigência de que os custos de transação no Congresso Nacional sejam incrementados. Inclusive por força de decisão judicial. O mundo do Direito precisa entender as razões, não somente jurídicas, mas políticas, pelas quais os magistrados, por vezes, deverão impor ao legislador e ao administrador que façam seus trabalhos e lidem com os custos de coalizão.

Pois bem. Parece-nos que o *contexto* do presidencialismo de coalizão, o qual indica, muitas vezes, dinâmica de cooperação entre os poderes, contribui fortemente para a transformação da regra da indelegabilidade. Como disse Miguel Seabra Fagundes: “*nenhum texto normativo foge à prova da experiência. (...) As normas legais são, dessarte, objeto de um trabalho permanente de renovação, pela influência dos fatos, e do aperfeiçoamento no sentido de sua melhor adequação à disciplina deles*”⁶⁸².

Em poucas palavras, a hipótese é de mutação do sentido do art. 25, I, ADCT, diante da interação permanente entre Poderes, inseridos na realidade e na dinâmica do presidencialismo cunhado a partir de 1988. Afinal, para citar Louis Fisher, “*Constitutional law is constantly shaped by people operating through the executive and legislative branches. Through this rich and dynamic political process, the Constitution is regularly adapted to seek a harmony between legal principles and the needs of a changing society*”⁶⁸³.

⁶⁸¹ E prossegue o autor tratando do tema no âmbito das agências reguladoras: “*A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação. Atuação, esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulador*”. (sem grifos no original) (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 94-95)

⁶⁸² FAGUNDES, Miguel Seabra. “Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras”, in *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial, dez. 2013, p. 93.

⁶⁸³ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, p. 15.

3.4 A mutação do art. 25, I, ADCT. A possibilidade de delegações legislativas no Direito Administrativo brasileiro

As normas constitucionais aspiram permanência, mas não a imutabilidade. Daí a necessidade de que se estabeleçam mecanismos para que a Constituição se adapte a novas realidades, sob pena de sua própria obsolescência e inefetividade. Uma constituição que não evolui torna-se insincera e meramente retórica. Assim, a Lei Maior, ao mesmo tempo em que almeja moldar a realidade, precisa de válvulas de escape de alteração, até para que não se torne um documento antidemocrático perante as novas gerações⁶⁸⁴.

O instrumento óbvio de modificação constitucional é o exercício do poder de emenda (art. 60, CRFB). Trata-se da manifestação formal do poder constituinte derivado expressamente autorizado pela Constituição e atribuído ao Congresso Nacional. O poder de emenda é limitado por um procedimento mais rigoroso que o de elaboração de leis, bem como por normas substantivas, denominada cláusulas pétreas, que garantem a manutenção de uma identidade constitucional mínima. Segundo o citado art. 60, uma emenda à Constituição apenas será promulgada quando respeitadas: (i) as regras de iniciativa (do Presidente da República, de um terço dos membros da Câmara ou do Senado, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, conforme decisão majoritária, ou, ainda, iniciativa popular⁶⁸⁵); (ii) as condições de deliberação (que não pode acontecer em momentos de exceção – *i.e.*: estado de defesa ou sítio); (iii) as condições de *quorum* e aprovação (as quais pressupõem discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros); bem como (iv) as cláusulas pétreas, as quais, embora mereçam o cuidado do intérprete de não transformá-las em instrumento de congelamento da história, constituem o DNA básico da vontade originária consagrada pelo constituinte de 1987-88 (o que implica vedação da deliberação de emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais).

⁶⁸⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 280.

⁶⁸⁵ O art. 60 da Constituição não prevê a iniciativa popular para o encaminhamento de emendas à Constituição. Todavia, nos parece viável tal caminho, até mesmo porque, é o povo o detentor verdadeiro do poder constituinte (nesse sentido, v. SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 287).

Entretanto, a mudança da Constituição não depende, somente, de uma proposta de emenda. A própria Constituição de 1988 previu a possibilidade de sua modificação por meio da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com processo deliberativo específico (art. 5º, § 3º, CRFB – acrescentado pela EC nº 45) e a revisão constitucional, que ocorreu entre outubro de 1993 e março de 1994, por aplicação do art. 3º, ADCT. Mas a possibilidade de transformação constitucional não acaba aí. Os meios formais não esgotam a capacidade de evolução do Texto Maior. Admitem-se vias alternativas de modificação da Carta Magna. E o mecanismo por excelência desse processo informal é o de *mutação constitucional*⁶⁸⁶.

Por força de *mutação*, uma norma constitucional pode ganhar significado novo e eficaz, mesmo sem o procedimento próprio para ajustes de texto⁶⁸⁷. Trata-se de um processo de adaptação informal, mas nem por isso menos respeitável, porquanto se volta a tornar o texto condizente com a realidade, em benefício de novas visões de mundo e do próprio direito⁶⁸⁸. O texto constitucional é uma obra inacabada; um ser vivo⁶⁸⁹ que viabiliza a democracia, assegura direitos, mas que também se retroalimenta da realidade que pretende conformar. Assim, tem-se documento dinâmico nutrido pelas instituições que a interpretam em constante diálogo⁶⁹⁰, de acordo com suas próprias capacidades. Um texto que se transforma por meio da releitura de uma sociedade aberta de intérpretes, para usar a expressão de Peter Harbele⁶⁹¹.

De maneira didática, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto falam em quatro vias pelas quais a mutação constitucional pode acontecer. São elas: (i) a evolução

⁶⁸⁶ Segundo Karl Loewenstein, “constituições não são modificadas tão somente por meio de emendas constitucionais formais, mas estão submetidas, quíça em maior grau, à metamorfose imperceptível que sofre toda norma estabelecida por efeito do ambiente político e dos costumes” (LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1965, p. 218).

⁶⁸⁷ HESSE, Konrad. “Límites de la mutación constitucional”, in HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 99-102.

⁶⁸⁸ Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

⁶⁸⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (trad. A. Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1965, p. 164; e ACKERMAN, Bruce. “The living constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 120, n. 7, 2007, pp. 1737-1812.

⁶⁹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁶⁹¹ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição* (trad. Gilmar Mendes). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

jurisprudencial; (ii) a atuação do legislador; (iii) a mudança de costumes ou convenção social e (iv) a atuação do Governo e da Administração Pública⁶⁹².

De fato, em primeiro lugar, a jurisprudência pode modificar o sentido da Constituição. O STF já destacou ser legítima a “*adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República*”. Isso ocorrerá, prossegue a Corte “*se e quando [for] imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea*”.⁶⁹³ O fenômeno da mutação aconteceu de forma marcante, *e.g.*, no caso das uniões homoafetivas. No julgamento da ADPF nº 132, o STF modificou a interpretação até então prevalecente do art. 226, § 3º, CRFB, que negava a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Com isso, superou, inclusive, a intenção do constituinte originário, que rejeitara explicitamente a hipótese⁶⁹⁴.

Para os fins deste estudo, é pertinente registrar um caso interessante envolvendo a mutação do princípio da legalidade, diante da realidade inflacionária vivida no Brasil no final do século XX⁶⁹⁵. Num primeiro momento, o Poder Judiciário – em um cenário de menor inflação –, entendia que a correção monetária só poderia ocorrer com expressa previsão legal⁶⁹⁶. Posteriormente, em face da brutal realidade trazida pelo aumento incontrolável de preços, o entendimento se modificou, e a jurisprudência passou concordar com a atualização do valor da moeda, sem expressa determinação legal, nas “*chamadas dívidas de valor*”⁶⁹⁷. Por fim, com o completo descontrole da economia e o aumento exponencial da inflação, passou-se a reconhecer a correção monetária em quaisquer hipóteses⁶⁹⁸.

A atuação do Poder Legislativo também pode implicar mutação constitucional. De fato, o legislador, que também é intérprete da Constituição, pode ser um agente catalizador de mudanças. E isso não apenas pelo poder de emenda, mas por ações legislativas próprias, notadamente por meio da edição de leis. Bruce Ackerman, nos EUA, sustenta que a ação

⁶⁹² SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 342 e seguintes.

⁶⁹³ V. STF, HC nº 96.772/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.8.2009.

⁶⁹⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 344.

⁶⁹⁵ O caso é discutido como exemplo de mutação constitucional por: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

⁶⁹⁶ STF, RE nº 75.655, Rel. Min. Bilac Pinto, DJ 01.06.1973.

⁶⁹⁷ STF, RE nº 104.930, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 10.05.1985.

⁶⁹⁸ STJ, REsp no 2.122, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 20.8.1990.

legislativa pode ser um poderoso instrumento de transformação constitucional, tal como aconteceu com o *Civil Rights Act*, de 1964, o qual, em sua leitura, tem estatura constitucional⁶⁹⁹.

No Brasil, o fenômeno é visto por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto no que se refere às políticas de ação afirmativa⁷⁰⁰. Realmente, o legislador estadual⁷⁰¹, (seguido pelo Congresso Nacional⁷⁰²) tomou a dianteira no processo de criação de mecanismos de promoção da igualdade racial por meio de políticas de ação afirmativa – mormente com o estabelecimento de cotas raciais em estabelecimentos de ensino –, o que acabou sendo, posteriormente, referendado pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁰³, como um meio válido para a diminuição da desigualdade racial no Brasil. Isso implicou a metamorfose do sentido do princípio da igualdade (art. 5º, CRFB), que, nos dias de hoje no Brasil, é inseparável de políticas de ação afirmativa.

Costumes podem, também, levar a transformações constitucionais. Não se trata de reconhecer práticas contrárias à Constituição, tampouco transformar o modelo de rigidez constitucional brasileiro em algo que se aproxime da constituição inglesa. Admitem-se, apenas, os costumes compatíveis com a Lei Maior ou mesmo aqueles que tenham características integrativas (costumes *secundum constitutionem e praeter constitutionem*)⁷⁰⁴. A prática da reedição de medidas provisórias antes da EC nº 32/2001, a qual se dava diante da inexistência de vedação constitucional expressa, pode ser vista como um costume que implicou mutação, referendada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁷⁰⁵.

Outro *iter* de evolução da Lei Maior é a interpretação constitucional dada pela Administração Pública, notadamente quando liderada pela ação de um Chefe eleito pelo voto popular. O surgimento do Estado Regulador nos EUA sob o comando do Presidente Franklin D. Roosevelt é exemplo de mutação catalisada pela ação da Administração Pública. O New Deal transformou a Constituição dos EUA, sem que fosse preciso emenda⁷⁰⁶. Criaram-se

⁶⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. “The living constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 120, n. 7, 2007, pp. 1737-1812.

⁷⁰⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 348.

⁷⁰¹ O pioneiro neste processo foi o Estado do Rio de Janeiro, com a Lei nº 3.708/2001.

⁷⁰² V. Leis federais de nºs 11.096/2005 e 12.258/2010.

⁷⁰³ STF, ADPF nº 186, Rel. Min. Lewandowski, DJe 20.10.2014 e ADI nº 3.330, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 22.03.2013.

⁷⁰⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 351.

⁷⁰⁵ V. STF, ADIs nºs 1.397, 1.516 e 1.610, julgadas em conjunto, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21.11.1997.

⁷⁰⁶ Cf. ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. v. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 105-130.

direitos econômicos e sociais que implicaram transformações profundas no direito daquele país⁷⁰⁷.

Realmente, a Administração Pública também interpreta a Constituição e pode ser protagonista nos processos de mudança constitucional. No Brasil, o caso citado da reedição das medidas provisórias é ilustrativo a esse respeito. Partiu da Presidência da República e teve o beneplácito da jurisprudência do STF.

A mutação constitucional, por certo, possui limites. Vale dizer: ela não pode implicar uma carta branca para que práticas ilegítimas sejam justificadas por conta de ações reiteradas. Do contrário, seria o mesmo que negar força normativa à Constituição, numa derrota perante fatores reais do poder⁷⁰⁸. Deve haver balizas. E a primeira delas é a dicção constitucional. A mutação deve ser fruto de uma exegese possível do seu texto. Do contrário, será ilegítima⁷⁰⁹. Além disso, a mutação deve ser condizente com o sistema constitucional, entendido como o núcleo de escolhas fundamentais do constituinte⁷¹⁰, no que se destaca a proteção de cláusulas pétreas⁷¹¹. Sem embargo, conforme Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “*se é certo que o texto constitucional não pode ser ignorado ou revogado por mutações, não é menos certo que a sua leitura deve abarcar mudanças substanciais ocorridas na sociedade, a serem recepcionadas pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário*”⁷¹².

Pois bem. Parece-nos que a vedação constitucional às delegações legislativas é norma que sofreu mutação constitucional. E isso se deu tanto por imposição da realidade⁷¹³, quanto

⁷⁰⁷ SUNSTEIN, Cass. *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. Nova Iorque: Basic Books, 2004.

⁷⁰⁸ HESSE, Konrad. “Limites de la mutación constitucional”, in HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 101-104.

⁷⁰⁹ Por tal razão, Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto rejeitam a tese de que o art. 52, X, CRFB teria implicado uma mutação constitucional, tal como defendido por Gilmar Ferreira Mendes, que sustenta que a atribuição do Senado de suspender os efeitos de lei declarada inconstitucional no âmbito do controle difuso de constitucionalidade teria mudado de sentido, e seria apenas um dever de dar publicidade à decisão do STF (v. Reclamação 4335-5). V. SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 354.

⁷¹⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 356.

⁷¹¹ A propósito, v. BRANDÃO Rodrigo. *Direitos fundamentais democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁷¹² SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 354.

⁷¹³ Segundo Joaquim Barbosa, o Estado sofreu “metamorfose” pelas “frequentes e profundas alterações, todas elas desencadeadas pela formidável evolução da técnica, pela radical transformação do modo de produção econômica e pela consequente modificação das estruturas sociais” (BARBOSA, Joaquim. “Agências Reguladoras: A ‘Metamorfose’ do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)” in *Agências Reguladoras e Democracia* (org.: Gustavo Binenbojm), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21).

pela leitura que os Poderes Legislativos, Judiciário e Executivo fizeram dos princípios da legalidade, da separação de Poderes, como também do art. 25, I, ADCT, sem que isso agredisse a letra e o espírito da Constituição.

A catalisação dessa metamorfose deu-se no bojo do processo legislativo. Ou melhor, na dinâmica de relações construídas entre o Poder Executivo e o Congresso Nacional, na formação de coalizões e no desenvolvimento da agenda indicada pela Presidência da República. O legislador, inserido na realidade do presidencialismo de coalizão, abriu mão de tomar decisões nos mais variados âmbitos, e delegou à Administração Pública funções criativas⁷¹⁴, como explorado na Segunda Parte. Um alargamento que, de modo geral, vem recebendo o consentimento do Supremo Tribunal Federal, como exposto acima, a despeito de se vislumbrarem decisões pontuais, em que se reconheceu delegação indevida. A regra tem sido a aceitação geral, tal como se viu no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.668,⁷¹⁵ em que o STF apreciou a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), como também nas reiteradas decisões sobre a validade do Decreto presidencial nº 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS⁷¹⁶.

Egon Bockmann Moreira e Elloisa Caggiano, após o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sustentam que a Corte adotou um *conceito amplo de legalidade*, que “*não se limita à concepção clássica (...), nem à dita legalidade estrita*”⁷¹⁷. E prosseguem os autores, com foco nas funções normativas das agências reguladoras, para a conclusão de que se caminha para uma *verdadeira mutação constitucional*. Em suas palavras:

Este novo sentido amplo atribuído ao princípio da legalidade pelo Supremo Tribunal Federal (...) configura sério indício de verdadeira mutação constitucional em face da concepção clássica propagada, e aplica-se com perfeição à questão do poder normativo conferido às agências reguladoras, órgãos da Administração Pública

⁷¹⁴ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, e LIMONGI, Fernando, “Mudança Constitucional, Desempenho Legislativo e Consolidação Institucional”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 29, 1995, pp.175-200.

⁷¹⁵ ADI nº 1.668 MC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.08.1998, DJ 16.04.2004, p. 52.

⁷¹⁶ V. STF: MS nº 31.235 MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 29.03.2012; MS nº 29.468-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 09.02.2011; MS nº 29.123-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 08.09.2010; MS nº 28.744-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 17.11.2010; MS nº 29.326-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 22.10.2010; MS nº 28.745-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 13.05.2010; MS nº 28.626-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 05.03.2010; MS nº 28.252-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.09.2009; MS nº 27.796-MC, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 09.02.2009; MS nº 27.344-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02/06/2008; MS nº 27.337-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20.05.2008; MS nº 27.743-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.12.2008; MS nº 26.808-MC/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02.08.2007; MS nº 26.783-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.08.2007; MS nº 25.986-ED-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.06.2006.

⁷¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; e CAGGIANO, Heloisa Conrado. “O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação do princípio da legalidade?”, in *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, Disponível: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658, acesso em 15.07.2015.

indireta que visam à regulação da economia, como forma de assegurar o bom desempenho das funções regulatórias, sem perder de vista os limites, *standards*, previstos em lei⁷¹⁸

Para nós, como já decorre do texto, a mutação constitucional relativa ao sentido da vedação às delegações é um fato⁷¹⁹. Ela é o produto da interação entre os poderes instituídos na dinâmica democrática brasileira, com a aquiescência geral do Supremo Tribunal Federal, num processo intenso de diálogo constitucional⁷²⁰. Logo, é dever do intérprete destrinchar esse significado renovado das delegações legislativas. E veja-se que se trata de alteração de sentido que não agride a literalidade do art. 25, ADCT, pois tal dispositivo, em sua dicção, apenas se aplica para as delegações feitas no passado⁷²¹, o que não impediria novas delegações, desde que inseridas na nova realidade democrática instituída a partir de 05 de outubro de 1988.

E tudo isso foi sendo consagrado por uma prática administrativa e legislativa que se afirmou num processo natural. A verdade é que a experiência – se não foi decisiva – contribuiu significativamente para legitimar a atuação regulamentar⁷²². E para isso, não é preciso dizer, como demonstra Itiberê de Oliveira Rodrigues, que desde o Império havia forte tendência de alargamento da regulamentar da Administração Pública⁷²³. Basta reconhecer que, durante o regime democrático instituído pela Constituição de 1988, criou-se uma cultura geral de ação regulamentar que não se mostrou contrária aos desígnios constitucionais, mas uma ferramenta capaz de contribuir para o avanço da democracia e a preservação de direitos.

Está-se a falar de uma Administração Pública liderada por um Presidente eleito democraticamente, num regime com significativo grau de procedimentalização e transparência, com controles democráticos e jurídicos. De uma Administração que exerce suas funções regulamentares, inclusive, para alargar direitos previstos na Constituição, tal como ocorreu com a interpretação dada pela Presidência da República ao art. 68 do ADCT, que trata

⁷¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; e CAGGIANO, Heloisa Conrado. “O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação do princípio da legalidade?”, *op. e loc. cit.*.

⁷¹⁹ Defendendo a mutação constitucional da vedação às delegações na Constituição pretérita, v. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986 p. 29.

⁷²⁰ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues. interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 11.

⁷²¹ Ressaltando esse sentido literal, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 276.

⁷²² Carlos Ari Sundfeld argumenta que os denominados regulamentos autorizados foram legitimados pela experiência (v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 277).

⁷²³ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. “Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil”, in *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva* (org. Humberto Ávila), São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 54-89.

do direito dos remanescentes de comunidades de quilombos. Sem adentrar o debate sobre o acerto da Chefia do Poder Executivo na medida adotada⁷²⁴, o fato é, como ressaltam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, que o Decreto nº 4.887/2003 exerceu o papel importante de dar um rumo inclusivo na proteção de uma minoria⁷²⁵.

O processo de mutação exposto não significa que a lei tenha perdido seu espaço. Ele existe e é essencial que seja protegido. A lei não deve ser transformada num mero instrumento autorizador de funções normativas pela Administração Pública. O legislador pode e deve fazer muito. Sem embargo, uma visão que absolutize a lei não é condizente com as necessidades atuais, tampouco se justifica perante a Constituição e mesmo do art. 25, ADCT, cujo sentido sofreu inegável mutação constitucional, como será desenvolvido adiante.

Não nos parece, portanto, que, do ponto de vista jurídico, haja uma vedação peremptória às delegações. A atividade regulamentar a partir de normas abertas (*leis quadro*) pode ser válida. Para tanto, é preciso que se lhe desenhem meios de legitimação e controle. Eles constituirão a chave para a redefinição do próprio sentido da função normativa do Poder Executivo. Na verdade, o processo de delegações, sem infirmar o regime constitucional, pode contribuir para o seu aperfeiçoamento, com a dinamicidade exigida pelos dias de hoje, ao passo em que aprimora a democracia, e cria incentivos para que não ocorra usurpação, mas cooperação institucional.

3.5 As delegações legislativas a serviço da democracia.

O princípio da legalidade, nas palavras do líder da doutrina da indelegabilidade brasileira é o comando destinado a “*garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral*”⁷²⁶. Assim, ao Administrador compete garantir a aplicação da manifestação do “*Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as*

⁷²⁴ A questão aguarda apreciação do Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI nº 3.239. Já votaram o relator, Min. Cezar Peluso e a Min. Rosa Weber. O primeiro julgando procedente a ação e declarando a inconstitucionalidade do decreto e a segunda votando pela improcedência da ADI. Na sequência, houve pedido de vista do Min. Dias Tóffoli.

⁷²⁵ Segundo os autores: “Neste caso, o Poder Executivo não inventou um novo conceito de quilombo, substituindo-se ao poder constituinte, mas acolheu em ato normativo um novo significado mais amplo e generoso do termo, plenamente compatível com o espírito e valores da Constituição de 88 (...). A mutação foi resultado de uma intensa mobilização social, que teve como protagonistas os próprios quilombolas, o movimento negro em geral e a categoria profissional dos antropólogos, mas que se sedimentou com a edição do ato normativo em questão, e vem pautando as ações do Poder Público Federal na área” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 350).

⁷²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 27ª ed., 2010, p. 100.

*tendências (inclusive minoritárias) do corpo social*⁷²⁷. E prossegue o autor destacando as vantagens institucionais do Parlamento:

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).⁷²⁸

Está correto Celso Antônio Bandeira de Mello quando alerta para o risco da expansão de autoridades messiânicas no Poder Executivo. O presidencialismo desenvolvido no Brasil e na América Latina é digno de atenção, conforme destacado na Segunda Parte. Devem ser criados meios de contenção apropriados, para que não se caia num grave sistema de *hiperpresidencialismo*, na expressão de Carlos Santiago Nino⁷²⁹.

A história brasileira não deixa dúvidas. O autoritarismo, na nossa tradição, é uma patologia que vinha do órgão máximo da Administração Pública. Daí a obrigação de se pensarem limites. A legalidade, enquanto consagração da lei formal do Parlamento, surgia como o remédio natural. O Poder Executivo era o inimigo que se precisava derrotar. A Presidência da República foi o símbolo institucional máximo da ditadura. O esforço da doutrina – aí inserida a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello – passou a ser a defesa do Poder Legislativo⁷³⁰. Ele sim, *colégio representativo de todas as tendências*, olimpo do exercício da *cidadania*, e de criação de uma legalidade *capaz de fazer frente a quaisquer tendências messiânicas e personalistas*⁷³¹.

Mas a realidade brasileira não apontou para o estado de coisas delineado pelo discurso de defesa da norma de indelegabilidade. Não se está diante do Poder Executivo sobre o qual

⁷²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 27ª ed., 2010, p. 100.

⁷²⁸ Idem, *Ibidem*.

⁷²⁹ NINO, Carlos Santiago. “Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina”, in *Institutional design in new democracies. Eastern Europe and Latin America*. Boulder: Westview Press, 1996, pp. 161-174. Como decorre das ideias apresentadas nesta tese, pensamos que o cenário do presidencialismo brasileiro, embora mereça atenção, não seja o mesmo descrito por Santiago Nino na Argentina.

⁷³⁰ Carlos Ari Sundfeld, de maneira muito feliz, analisa a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello no contexto das reformas estatais pós-ditadura, destacando a sua importância indiscutível no papel de democratizar o direito administrativo brasileiro. V. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, 123-130.

⁷³¹ Para uma defesa contemporânea da legislação e a sua importância enquanto manifestação coletiva da vontade estatal, v. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação* (trad. Luís Carlos Borges), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

teorizaram os iluministas que inspiraram a literatura tradicional da legalidade⁷³², como também não se pode dizer que o nosso Parlamento seja o espaço das mais elevadas deliberações para a formação dos melhores consensos em prol da liberdade.

Mas olhemos, agora, para o Poder Executivo. A Presidência da República no Brasil, embora *fortíssima*⁷³³, é eleita pelo voto popular desde 1989, e o seu titular é responsivo aos eleitores e aos demais Poderes. Trata-se, provavelmente, do órgão público mais investigado e exposto pela mídia⁷³⁴, que tem elastecida liberdade de expressão afiançada pelo STF⁷³⁵ para manifestar opiniões e expor fatos – os quais já derrubaram um Chefe de Estado⁷³⁶. E mais: o Presidente está sujeito ao crivo investigativo de instituições dotadas de significativa autonomia, e pode perder seu mandato num processo de *impeachment*, como ocorreu no caso Collor. As simples possibilidades de investigação, exposição e condenação política ou judicial geram incentivos relevantes de conduta que não podem ser desconsiderados⁷³⁷.

⁷³² KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 72.

⁷³³ Trata-se da constatação da ampla maioria dos cientistas políticos que estudam as instituições brasileiras, como anota Vicente Palermo: “a Presidência brasileira é uma Presidência fortíssima em termos legislativos, administrativos e distributivos (Almeida, 1998; Limongi e Figueiredo, 1998; Monteiro, 1997; Pessanha, 1997; Power, 1998; Santos, 1999a; Panizza, 1999)” v. PALERMO, Vicente. “Como se Governa o Brasil? O Debate sobre Instituições Políticas e Gestão de Governo”, in *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 43 n° 3, Rio de Janeiro, 2000, disponível *on line*: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000300004>, acesso em 14.11.2013.

⁷³⁴ Segundo Elena Kagan (em afirmação que pode ser aplicada ao Brasil): “the President has natural and growing advantages over any institution in competition with him to control the bureaucracy. The Presidency’s unitary power structure, its visibility, and its ‘personality’ all render the office peculiarly apt to exercise power in ways that the public can identify and evaluate. The new strategies of presidential leadership, focused as they are on intensifying the direct connection between the President and public, enhance these aspects of the office and the transparency they generate; so too does the increased media coverage of the President, which is at once a cause and a result of these strategies.” (KAGAN, Elena. “Presidential administration”, in *Harvard Law Review*, 114, 2001, p. 2332).

⁷³⁵ Para uma análise detalhada da jurisprudência do STF sobre o assunto: v. KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF: Balanço e Crítica* (org.: Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁷³⁶ As palavras de um observador externo analisando do caso Collor ilustram o ponto: “In the last six months of 1992, Brazilian comedians talked about little else. As in the case of Watergate, the media intensified the attention of a public accustomed to allowing television a central place in their daily routine. Few Third World countries of Brazil’s size and level of development can match the penetration of television into more than 75 percent of the nation’s homes. Television news brought the “Collorgate” scandal ... into virtually every household. Suddenly Brazil became “First World” in the sophistication of media coverage of its political crises” (SKIDMORE, Thomas, “Collor’s downfall in historical perspective”, in *Corruption and political reform in Brazil: the impact of Collor’s impeachment*, Miami: North-South Center Press, 1999, pp. 1-2)

⁷³⁷ Cabe aqui uma nota sobre o debate atual sobre *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff. Para alguns observadores, isso seria indício de instabilidade institucional. Não nos parece que assim seja. Os órgãos de controle estão trabalhando como nunca antes e o debate sobre o impedimento tem acontecido de forma aberta e dentro das regras do jogo, com a supervisão do STF. Sobre a questão, v. BENVINDO, Juliano Zaiden. “Why *Impeachment?* Brazilian Democracy Revisited”, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 28.08.2015, disponível em: www.icconnectblog.com/2015/08/why-impeachment-brazilian-democracy-revisited, acesso em 07.11.2015.

Além do aparato institucional voltado à responsabilidade pessoal dos agentes públicos, devem ser destacadas as possibilidades de controle dos atos administrativos. São vastos os caminhos de revisão da ação administrativa. O cidadão comum pode atacar decisões administrativas perante o Poder Judiciário sem maiores percalços, por exemplo, por meio de ação popular, ou mesmo com a impetração de um mandado de segurança⁷³⁸. Virtualmente, controla-se por dentro e por fora todo o agir da Administração Pública. Os meios de controle interno são variados, indo desde a ação da advocacia pública e a atuação de corregedorias, até a atuação das entidades policiais. Os caminhos do controle externo são igualmente plurais, como acontece com a ação dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. Controlam-se procedimentos e o mérito, sendo digna de nota a intensidade crescente da atuação judiciária revisora da Administração Pública, fundada na cláusula do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB)⁷³⁹. Isso sem mencionar as potencialidades de controles do próprio processo de delegações pelo Congresso Nacional com base no art. 49, V, da Constituição, que será explorado adiante. Antes disso, é oportuno destacar como o processo de delegações pode contribuir para a democracia brasileira.

3.5.1 Alinhamento majoritário e funcionalidade do presidencialismo.

O processo de delegações legislativas pode contribuir para o incremento da *accountability* geral do Governo, favorecendo a cidadania a ser canalizada na responsabilidade política pessoal da Presidência da República.

Com efeito, a flexibilidade inerente às leis que atribuem competência normativa ao Poder Executivo abre uma porta para ajuste de políticas públicas sem que se tenha por imprescindível buscar a atuação do Congresso Nacional. Vale dizer: o legislador que delegou acaba por permitir que, com reduzido custo político, realinhem-se interesses manifestados democraticamente na próxima eleição majoritária, por intermédio da liderança da figura do Presidente da República, que assume a responsabilidade pelos novos rumos.

⁷³⁸ V., por todos, MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004; FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário* (atualizado por Gustavo Binenbojm), 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005; e FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷³⁹ Não é este o local para aprofundar o quanto de controle judicial da atuação administrativa é desejável. O objetivo aqui é somente registrar que existe esse controle, e que ele é (e continuará sendo, ainda que seja eventualmente parametrizado) intenso, criando incentivos reais sobre como se comportarão os agentes públicos. Para uma abordagem crítica, v. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

A legislação ambiental, brasileira, por exemplo, possui espaços de maleabilidade que permitiriam que seu significado fosse completamente diferente no caso de um novo Presidente com uma *agenda verde*. A mudança de postura do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nas décadas de 1980 e 1990 ilustra o ponto⁷⁴⁰. O CONAMA, quando criado em 1981 atuava timidamente e não podia ser percebido como um significativo órgão regulador. Com o passar do tempo, contudo, sem que houvesse grandes alterações legislativas que dispusessem sobre as suas atribuições, o conselho ocupou espaço e passou a dispor sobre inúmeros assuntos por meio de regulamentos diversos. Tal foi o caso da Resolução nº 237/1997, a qual estabeleceu as regras mais relevantes dos processos de licenciamento ambiental brasileiro e incorporou significado diverso daquele existente ao tempo da criação do CONAMA. Vale dizer: conforme a questão ambiental foi sendo alçada a um nível de prioridades mais elevado (tanto em sede constitucional, quanto no bojo das eleições), a maleabilidade legislativa permitiu a adaptação das linhas de governo aos novos imperativos. O fato de haver margem para adaptação e delegações amplas facilita que se mudem posturas e se alinhe rapidamente a atuação administrativa à vontade do eleitorado⁷⁴¹.

O mesmo pode ser verificado no âmbito dos modelos de intervenção do Estado na economia quando da transição do Governo do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) para a gestão do Partido dos Trabalhadores (PT). Com efeito, como resposta à crise econômica de 2008 e em harmonia com sua agenda, o PT implementou diversas políticas econômicas que modificaram profundamente o direcionamento do papel do Estado brasileiro na economia: de uma postura com foco na regulação jurídica por meio de agências reguladoras independentes e menor intervenção direta, para uma atuação empresarial mais

⁷⁴⁰ Conforme relata André de Castro Oliveira Pereira Braga: “Logo após a sua criação, no início dos anos 80, o CONAMA atuava timidamente. Editava resoluções de alcance bastante limitado, recomendava estudos sobre os impactos ambientais de determinadas obras, sugeria ao Congresso Nacional a promulgação de algumas leis. No final da década de 80 e ao longo da de 90, sem que houvesse qualquer mudança legislativa que lhe atribuísse novas competências, o CONAMA valeu-se de seu poder normativo para impor-se perante outros órgãos administrativos e conselhos ambientais. Aos poucos, passou a formular verdadeiras e complexas políticas ambientais, assumindo atribuições que antes eram deixadas a cargo de outros entes públicos” (BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. *Normas abertas e regras no licenciamento ambiental*. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para a obtenção do título de Mestre. 2010, p. 7, disponível na internet: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8375/61080200030.pdf?sequence=1>, acesso em 14.11.2013).

⁷⁴¹ Jerry Mashaw, diante da realidade estadunidense, comenta que a lei de proteção ao trabalhador (Occupational Safety & Health Administration Act – OSHA) teve significados diferentes no governo Carter e no Governo Reagan. Isso só foi possível porque a lei deu margem de manobra para adaptações. MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven: Yale University Press, 1997, p. 154.

incisiva⁷⁴². Desenvolveu-se, assim, o chamado *capitalismo de Estado* no Brasil, entendido como um conjunto de medidas que colocam a autoridade pública num revigorado ativismo econômico, com foco em estratégias ditas de mercado⁷⁴³. As leis de intervenção do Estado na economia, como aquelas que criaram as agências reguladoras durante o governo FHC, não necessariamente precisaram ser alteradas para que se realinhassem entendimentos à agenda política do novo governo.

Na verdade, o modelo de regulação por agências, embora muito criticado pelo PT, pôde ser mantido justamente em razão da natureza dúctil das leis que criaram tais entidades. Quando foram alteradas as suas diretorias, essas imediatamente alinharam suas atuações à nova Presidência da República, que conseguiu, em boa medida, redirecionar políticas dentro dos parâmetros existentes nas leis pretéritas.

Isso aconteceu com as políticas de telecomunicações, cujo significado cambiou (*e.g.*, com a simples modificação do Plano Geral de Outorgas por meio de decreto⁷⁴⁴) sem que

⁷⁴² Que a agenda econômica do Partido dos Trabalhadores é contrária ao modelo de regulação do governo anterior não há dúvida. O discurso do PT volta-se para a revalorização das empresas estatais e ao papel do Estado como interventor direto e indutor do desenvolvimento. A propósito, o plano de governo apresentado pelo Presidente (e então candidato) Luiz Inácio Lula da Silva para o seu segundo mandato (2007/2010) previa que: “O nosso Governo continuará em sua tarefa de constituir um mercado de bens de consumo de massas, o que vincula de maneira indissociável crescimento com distribuição de renda. Esse propósito requer prioritária diretriz governamental voltada para a elevação substancial dos investimentos, especialmente públicos e nacionais, bem como privados e estrangeiros. Pressupõe ainda o fortalecimento da iniciativa do Estado, das empresas estatais e do sistema financeiro público, por sua capacidade indutora do desenvolvimento” (*Lula Presidente. Programa de governo. 2007/2010*, p. 10, disponível *on line*, em http://www.fpabramo.org.br/uploads/Programa_de_governo_2007-2010.pdf, acesso em 19.11.13).

A Carta de Princípios do partido ia além. Conforme se verifica nesse documento (cujo significado, obviamente, foi mudando de sentido): “O Partido dos Trabalhadores denuncia o modelo econômico vigente, que, tendo transformado o caráter das empresas estatais, construídas pelas lutas populares, utiliza essas empresas e os recursos do Estado, em geral, como molas mestras da acumulação capitalista. O Partido dos Trabalhadores defende a volta das empresas estatais a sua função de atendimento das necessidades populares e o desligamento das empresas estatais do capital monopolista”, disponível em <http://www.pt.org.br/arquivos/cartadeprincipios.pdf>, acesso em 14.11.2013

⁷⁴³ Trata-se de uma postura empresarial do Estado que, diante das recentes crises econômicas, reviu seu papel de agente econômico. Para uma visão crítica desse fenômeno mundial, v.: BREMMER, Ian. *O fim do livre mercado*. Trad. Luiz Euclides T. Frazão Filho, São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁴⁴ Refere-se ao Decreto nº 6.654/2008, que instituiu o novo Plano Geral de Outorgas (PGO) no Governo Lula, revogando o Decreto nº 2.534/1998, editado quando do processo de desestatizações durante o governo FHC. O PGO é estatuto básico do setor de telecomunicações e define as regiões e os limites territoriais em que as concessionárias poderão prestar seus serviços. É um caso de delegação relativamente ampla (dada a importância da matéria). A lei basicamente atribuiu uma competência (art. 18, II, da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei nº 9.472/1997) a ser seguida de acordo com um vetor de promoção da concorrência, “*observados o princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País, de modo a propiciar a justa remuneração da prestadora do serviço no regime público*” (art. 84, § 1º, LGT). Com a alteração promovida em 2008, permitiu-se a fusão de duas grandes empresas do setor (Oi e Brasil Telecom), permitindo-se a criação de uma *campeã nacional*, o que se insere na lógica do capitalismo de Estado abraçado pela gestão petista, que incentiva a criação de empresas brasileiras grandes e fortalecidas com financiamento do BNDES, para fazer frente a competidoras estrangeiras. Para uma análise crítica do uso de campeões nacionais, v.: SØGARD, Lars, “The economics of national champions”, in *European Competition Journal*, vol. 3, n. 1, 2007, pp. 49-61. V., ainda, o documento elaborado pela OCDE: “Competition Policy, Industrial Policy and National Champions”,

houvesse alteração formal na Lei Geral de 1997 (Lei nº 9.472/1997). Adotaram-se outros rumos da política de telecomunicações com menos custos no âmbito do Congresso Nacional. Tudo isso conforme pretendido pelo partido de uma Presidência da República democraticamente eleita⁷⁴⁵. Caso o legislador houvesse sido detalhista no desenho dos modelos de regulação estatal, seriam criados obstáculos e custos políticos ao novo governo e seria necessário voltar ao Parlamento. Nessa toada, o argumento favorável à delegação caminha no sentido de que será incrementada a *accountability* geral do Governo quando o Chefe do Poder Executivo possuir meios para responder a anseios de suas bases políticas sem precisar socorrer-se de novas leis a cada momento⁷⁴⁶. E se o legislador, no futuro, discordar da opção presidencial, ele poderá rever o próprio ato de delegação, ou mesmo exercer o controle do art. 49, V, da Constituição, conforme explicaremos abaixo.

Nos Estados Unidos, Jerry Mashaw argumenta, justamente, que as delegações podem ser “*um instrumento para aumentar a responsividade do governo aos interesses do eleitorado em geral*”⁷⁴⁷. E isso é possível em razão da *ductibilidade* de estatuto que transfere ao Poder Executivo a capacidade de redirecionar posições políticas majoritárias⁷⁴⁸. Nas palavras de Jerry Mashaw, a Administração Pública “*apenas é efetivamente relevante em razão da relativa maleabilidade das diretivas que os administradores têm no seu horizonte. Se os estatutos do Poder Legislativo fossem realmente detalhados com relação às ações que os administradores devem tomar, políticas presidenciais seriam nada mais que meros concursos de beleza*”. E prossegue o autor criticando o detalhamento legislativo: “*Leis detalhadas significariam que presidentes e administradores poderiam responder às preferências*

Policy roundtable, 2009, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf>, acesso em 27.07.2013.

⁷⁴⁵ Para uma crítica geral ao capitalismo de Estado, v. o nosso: CYRINO, André Rodrigues. “Crítica ao capitalismo de Estado”. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, 27 jun. 2013, p. A17.

⁷⁴⁶ Andreas Krell, citando Sergio de Andréa Ferreira, trata de um sentido diferente para o caráter democrático do poder regulamentar. No seu sentir, há uma importância democrática no ato do Chefe do Poder Executivo antecipar, aos cidadãos, por meio de regulamento, como a Administração Pública atuará num determinado caso. Em suas palavras, as quais incorporam as de Sergio de Andréa Ferreira: o “poder regulamentar possui também um caráter democrático, visto que *autovincula* a atividade da Administração Pública, no seu relacionamento com os cidadãos: em vez de a burocracia decidir com vasta liberdade sobre cada caso, a chefia do Executivo, através de regulamento – isto é: de uma norma jurídica de caráter *geral* – ‘interpreta, atribui, especifica, dá o seu entendimento e diz prospectivamente o que ela vai fazer’” (KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 67).

⁷⁴⁷ MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven: Yale University Press, 1997, p. 152.

⁷⁴⁸ A *ductibilidade* vem sendo estudada mais como um fenômeno constitucional (v. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. Mariana Gascón), Madrid: Editorial Trotta, 2007), o que não significa que ele não se repita no nível das leis.

eleitorais apenas se fossem capazes de convencer o Poder Legislativo a fazer modificações específicas nas normas já em vigor”.⁷⁴⁹

Vale dizer: certa maleabilidade na legislação facilita que as preferências eleitorais sejam refletidas nas políticas dirigidas pelo Poder Executivo com a liderança do Presidente da República. Acreditamos que isso seja aplicável ao Brasil, onde já não há uma presidência autocrática com a qual já se conviveu no passado. Tem-se um Presidente responsivo, com incentivos de coordenação nacional⁷⁵⁰, e – mais importante – preocupado tanto com a própria reeleição (ou a de seus aliados), quanto com a rede de órgãos de investigação e controle.

De fato, o regime democrático com instituições de controle estabelecidas, combinado com esse papel de liderança, enseja um sistema de incentivos para uma Administração Pública mais efetiva e ao mesmo tempo *accountable* a diversas frentes⁷⁵¹. O Presidente da República sente nos votos o perigo da inação ou da atuação ineficiente. Ele efetivamente agirá⁷⁵². Mas sabe dos riscos (políticos e jurídicos), o que implica uma atuação com cautela diante dos instrumentos de controle, bem como de cuidado para com políticas que podem ensejar modificação de percepções eleitorais.

É assim que acreditamos que a Administração Pública, submetida à liderança presidencial, está em posição institucionalmente mais vantajosa para direcionar, de acordo com a posição majoritária, políticas públicas em espaços deixados em aberto pelo

⁷⁴⁹ MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven: Yale University Press, 1997, p. 153.

⁷⁵⁰ V., a propósito, com os olhos nos EUA, KAGAN, Elena. “Presidential administration”, in *Harvard Law Review*, 114, 2001, p. 2.335. V. também CALABRESI, Steven G. “Some Normative Arguments for the Unitary Executive” in *Arkansas Law Review*, 1995, p. 58-67.

⁷⁵¹ Francesca Bignami refere-se ao desenvolvimento de uma *accountability* em rede, como um novo paradigma de análise do direito administrativo comparado. Essa rede surge das transformações pelas quais passou o Direito Administrativo, que abandonou a visão hierárquica e tecnocrática e buscou novos meios de legitimação. Em suas palavras: “*Today, most observers recognize that civil servants are embedded in a dense accountability network of public and private actors and that administrative outcomes are driven by the complex set of legal relations that constitute the network. This novelty is part representation and part reality: the delegitimization of bureaucracy has brought to light rules, procedures and actors that have always existed but were previously obscured by the dominant paradigm of expert administration, while, simultaneously, the loss of confidence in public administration has given rise to legal innovations that have expanded the accountability network and have empowered a variety of public and private actors*” (BIGNAMI, Francesca, “From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, n. 4, 2011, p. 905).

⁷⁵² “Presidents want a bureaucracy that responds to them and provides them with the tools they need to be, and be perceived as, successful leaders. But among those tools is a high level of administrative effectiveness as commonly understood: the capacity to achieve set objectives, without undue cost, in an expeditious and coherent manner. Moreover, a President, by virtue of the attributes of his office, stands in a relatively good position to achieve these operational goals. Because he is a unitary actor, he can act without the indecision and inefficiency that so often characterize the behavior of collective entities” (KAGAN, Elena. “Presidential administration”, in *Harvard Law Review*, 114, 2001, p. 2.339).

legislador⁷⁵³. E isso é viabilizado, justamente, por meio de um modelo de leis que transfiram capacidades normativas ao Chefe da burocracia nacional. Em outras palavras: por um modelo democrático de delegações legislativas⁷⁵⁴.

Nesse modelo, o Poder Legislativo continua com um papel importante. A submissão ao Parlamento permite que se tempere a vontade majoritária com considerações sobre os interesses de minorias não representadas no Poder Executivo, mas com voz nessa Assembleia. Ainda que a Presidência da República tenha controle sobre o processo legislativo, o sistema de coalizão faz surgir meios para que minorias tenham algum espaço⁷⁵⁵. Com isso, abrem-se outros canais democráticos, criando-se incentivos (que podem ser reforçados pelos meios de controle) para que se exija que um modelo de delegações só será aceitável quando minimamente combinado com um Poder Legislativo vigilante *ex ante* e *ex post*.

Sem embargo, isso não significa sustentar que a lei deva ser detalhada em todo caso. Não é democrático que o Parlamento transforme o Administrador num mero *aplicador da lei de ofício*. É importante que se tenha a sensibilidade de que normas com um grau de vagueza cooperam para incrementar a democracia, estreitando o elo entre a maioria dos eleitores que escolheram um determinado Presidente e que o percebem como seu representante. A propósito, é interessante notar que o eleitor médio brasileiro não se recorda qual foi o seu voto no último sufrágio parlamentar. O mesmo não acontece com a Presidência da República. Segundo pesquisas do TSE, enquanto em média 23% do eleitorado não se lembra em quem votou no âmbito do Poder Legislativo, apenas 3,3% dos cidadãos olvidaram-se do candidato que escolheram para a chefia do Poder Executivo federal⁷⁵⁶. Isso é uma indicação de que o elo de representatividade é muito maior na relação eleitor-Presidente da República, que na relação entre este e os membros do Parlamento.

⁷⁵³ Mais uma vez, com Elena Kagan: “presidential leadership establishes an electoral link between the public and the bureaucracy, increasing the latter's responsiveness to the former” (KAGAN, Elena. “Presidential administration”, in *Harvard Law Review*, 114, 2001, p. 2.332).

⁷⁵⁴ É claro que este argumento pró-delegações só faz sentido dentro do regime democrático e com instituições de controle estabelecidas, o que nos parece ser o caso brasileiro. Além disso, não se está a sustentar modelos de delegação ao estilo da Constituição Bolivariana, em que há muito mais que transferência de poderes do Congresso ao Poder Executivo, mas verdadeira renúncia de poderes do Parlamento, combinada com real usurpação de funções legislativas. A *Ley de Habilitación* venezuelana não é delegação. É cheque em branco para o Presidente fazer o que quiser. Não é disso que se trata aqui.

⁷⁵⁵ Cfr. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. “Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”, in *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 25-32.

⁷⁵⁶ Conforme divulgado em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/837795-pesquisa-indica-que-parte-dos-eleitores-ja-nao-lembra-em-quem-votou-nas-eleicoes.shtml>>, acesso em 17.11.2013.

3.5.2 Diminuição dos custos de coalizão no Congresso Nacional.

O significado democrático das delegações é potencializado quando se observa o dia a dia do Congresso Nacional brasileiro e a sua relação com o Poder Executivo. Uma realidade não pensada pelos arquitetos do princípio da legalidade. Um modelo de legalidade detalhista implica dificuldades para novos governos não só porque dificulta alinhamentos com novas vontades democráticas. A legislação pormenorizada também eleva custos de criação de novas regras e políticas públicas. Legislações dúcteis diminuem desgastes institucionais, podendo reduzir custos de coalizão.

Na verdade, toda atividade estatal envolve custos. No caso da elaboração de normas jurídicas, esses custos podem ser organizados em dois eixos: (i) os custos de conhecimento do assunto relacionado ao estatuto que se pretenda promulgar (o que é necessariamente acompanhado do exame quanto aos possíveis impactos e efetividade dessas normas); e (ii) os custos de transação para alinhamento político das vontades necessárias à sua aprovação⁷⁵⁷.

Uma teoria forte de indelegabilidade pode incrementar esses dois conjuntos de custos⁷⁵⁸ de forma exponencial, com consequências para o funcionamento da democracia presidencialista brasileira. Regras específicas, naturalmente, já trazem dificuldades de conhecimento. Quanto mais minudente o regramento, mais amplas e profundas serão as questões a considerar previamente. Haverá maior dispêndio de tempo e de outros recursos para a formação da vontade legislativa. Isso sem mencionar que o empenho de especificação e abrangência do legislador será tendencialmente inglório, pois desde o ocaso da Escola da Exegese, sabe-se que a lei não consegue prever tudo. Com efeito, é até mesmo possível, com o esforço de detalhamento, que se produzam iniquidades quando as regras criadas hoje forem aplicadas a casos não pensados (até mesmo porque, quanto maior a abrangência, maior será a

⁷⁵⁷ DIVER, Colin S. *The optimal precision of administrative rules*. Yale Law Journal, vol. 93, n. 8, 1984, p. 73: “Rulemaking involves two sorts of social costs: the cost of obtaining and analyzing information about the rule’s probable impact, and the cost of securing agreement among participants in the rulemaking process. These costs usually rise with increases in a rule’s transparency since objective regulatory linedrawing increases the risk of misspecification and sharpens the focus of value conflicts. Yet, greater initial precision can also reduce the need for future rulemaking by leaving fewer policy questions open for later resolution by amendment or case-by-case elaboration.”

⁷⁵⁸ Com os olhos no desenho das instituições da União Europeia, Giandomenico Majone aponta duas principais razões para as delegações, sendo a primeira, justamente voltada à redução de custos: “As mais importantes razões para se delegarem poderes (...) são duas: reduzir os custos do processo de tomada de decisão, por exemplo, aproveitando a expertise do Poder Executivo, ou aumentar a credibilidade dos compromissos de políticas públicas no âmbito da UE” (MAJONE, Giandomenico. “Two logics of delegation. Agency and fiduciary relations in EU”, in *European Union Politics*, vol. 2, 2001, p. 103).

chance de erros). O excesso de detalhes também gera outra patologia: o surgimento de lacunas indesejadas, as quais poderiam ser evitadas por normas mais gerais⁷⁵⁹.

É verdade, todavia, que o esforço de planejamento e especificação feito hoje gera economias amanhã: o sentido normativo pretendido ficaria claro desde já, esvaziando situações de incerteza, e acelerando a execução de programas. Sem embargo, o legislador brasileiro médio é um *político profissional*⁷⁶⁰. Ele vive da política e o seu desconhecimento técnico geral é muitas vezes insuperável. Ademais, os interesses são muitos e o alinhamento em torno de cada questão é complexo. Há uma enorme assimetria de informações sobre o dia a dia administrativo, de modo que o legislador tem dificuldades para rediscutir projetos de leis do Poder Executivo, ou mesmo encaminhar suas próprias orientações⁷⁶¹. Essas dificuldades, no entanto, não costumam ser avaliadas no discurso contrário às delegações. É como se a teoria existisse a despeito da questão institucional envolvida.

Os defensores de teorias fortes de indelegabilidade passam ao largo do real funcionamento do Congresso Nacional e dos custos inerentes ao processo político. Custos ainda mais notáveis quando se observam as circunstâncias do presidencialismo brasileiro, as quais demandam grande empenho da Chefia do Poder Executivo para que se obtenha alinhamento político no Parlamento. Como exposto na Segunda Parte, é preciso haver uma coalizão para que o Brasil funcione. E isso pressupõe trocas que se incrementam conforme são ampliados os custos envolvidos.

Ora, quanto mais especificidade for demandada de uma medida legislativa, mais combustível será oferecido para que grupos de interesse, ou mesmo partidos políticos bem articulados no Congresso Nacional considerem exigir algo (*e.g.*: cargos e liberações orçamentárias) por sua participação na base de sustentação do governo e no alinhamento com cada detalhe a ser fixado. Isso causa impactos no funcionamento da democracia brasileira,

⁷⁵⁹ Para usar a categorização de Frederick Schauer, regras podem ser *superinclusivas* ou *subinclusivas*. Sobre o tema da superinclusão e subinclusão de regras, v. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, pp. 31–34. V. tb STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 103-127.

⁷⁶⁰ O conceito é de Max Weber e foi apresentado em palestra na Universidade de Munique em 1918. O conteúdo da palestra está em domínio público. Para uma versão em inglês, v. WEBER, Max. *Politics as a vocation*, disponível em <http://nw18.american.edu/~dfagel/Class%20Readings/Weber/PoliticsAsAVocation.pdf>, acesso em 08.11.2015.

⁷⁶¹ O caso dos denominados *contrabandos legislativos* em projetos de lei de conversão ilustram tanto a ação de grupos de interesse organizados no Congresso, quanto a própria dificuldade parlamentar para apresentar suas ideias. O STF, em boa hora, proibiu essa prática no julgamento da ADI n° 5.127/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015.

suscitando patologias de coalizão, inclusive, no extremo, casos de corrupção, tal como se deu com o caso do *mensalão*⁷⁶².

Enfim. Existe um potencial democrático real para as delegações no regime presidencialista brasileiro. Isso pode ter boa funcionalidade quando existirem meios de controle, dentre os quais sublinhamos o controle legislativo e a capacidade de sustação de regulamentos abusivos.

3.6 Controle e supervisão do Congresso Nacional. O caso do art. 49, V, da Constituição e a defesa por intensificação do diálogo institucional.

“Desenhar instituições é um exercício de escolha entre cardápios de opções de controle ex ante e/ou ex post”⁷⁶³. Pode-se dizer que o modelo proposto pela doutrina da indelegabilidade conjuga as duas formas de controle de maneira hiperbólica. Para seus advogados, a liberdade e a democracia só são viáveis enquanto o legislador mantiver as rédeas da vontade administrativa desde o processo deliberativo no Parlamento, o que implica a impossibilidade de transferência de competências normativas. Se isso não acontecer, caberá ao Poder Judiciário devolver a questão ao Poder Legislativo e determinar que ele faça seu trabalho e não delegue capacidades de criação de normas. Nesse sentido, toda transferência de função normativa do legislador ao administrador é, na verdade, hipótese de usurpação ou de *by-pass* institucional. Cabe ao Congresso ficar vigilante desde o princípio.

Mas a doutrina da indelegabilidade, apegada a concepções fundacionalistas da separação de Poderes⁷⁶⁴, ao mesmo tempo em que ignora os custos de coalizão necessários à formação de uma exaustiva vontade legislativa, olvida-se das potencialidades do controle que o próprio Congresso pode incrementar. Com efeito, conforme já destacamos⁷⁶⁵, o legislador

⁷⁶² V. PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. “Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas”. In *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234. V., ainda, CARVALHO, Márcio André de. “How logrolling can explain the failure of the government coalition in Brazil”, in RAP (Revista de Administração Pública), vol. 40, n° 5, Rio de Janeiro, set.-out. 2006

⁷⁶³ No original: “*Institutional design is an exercise in choosing from a menu of both ex ante and ex post (that is, ongoing) controls*”, cfr. THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone, “Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions”, in *The politics of delegation* (coord. THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone). Londres: Frank Cass and company limited, 2003, p. 5.

⁷⁶⁴ Em tom antifundacionalista, Reinhold Zippelius explica que a “*delimitação clássica entre os âmbitos do poder legislativo e do poder executivo perdeu sua nitidez*”. Todavia, “*apesar de tais interpenetrações e rupturas e da menor nitidez dos limites, concretiza-se mesmo assim, a verdadeira finalidade da divisão de poderes, desde que, em termos gerais, os diversos grupos e órgãos do Estado se controlem reciprocamente e com eficácia*”⁷⁶⁴. (ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, 3ª ed. (trad., da 12ª ed. alemã de 1994, Karin Praefke Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 417).

⁷⁶⁵ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n° 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, pp. 178-181.

pode exercer importante papel de supervisão dos regulamentos. Além de poder, nos limites de suas competências, editar nova lei reduzindo o espaço da ação normativa da Administração Pública, o Congresso tem em suas mãos um instrumento de controle *a posteriori* com riquíssimo potencial democrático, qual seja aquele do art. 49, V da Constituição.

Com esse mecanismo, a delegação pode ser inserida nas tensões dos órgãos eleitos, que acabam por rever o seu próprio sentido. É assim que, numa inovação brasileira, o Congresso Nacional tem competência para sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, V, da Constituição)⁷⁶⁶. Entendemos que isso seja válido para o controle das delegações feitas com base no art. 68 da Constituição, como também seja aplicável aos regulamentos de um modo geral. Sejam eles de execução em sentido amplo (aqui inseridos os regulamentos *praeter legem*), sejam eles regulamentos autônomos. Com efeito, cabe ao Congresso de zelar pela preservação da própria competência legislativa (art. 49, XI, da Constituição). Logo, se o regulamento, que é ato normativo do Executivo, extrapola o âmbito de discricionariedade normativa conferida pela lei, será possível sustá-lo. O mesmo vale para os regulamentos autônomos do art. 84, VI, *a*, da Constituição e para os regulamentos editados em razão da inércia legislativa. Se a norma administrativa vai além da organização e do funcionamento da Administração, ou ainda, o que é mais fácil de verificar, se implicar aumento de despesas, será cabível o referido controle.⁷⁶⁷ Da mesma forma, se o Congresso entender que um determinado regulamento, editado supostamente na lacuna de lei, deveria observar algum estatuto já em vigor, poderá se valer do mecanismo (*e.g.*: se uma resolução do CNJ contrariar normas da Lei Orgânica da Magistratura, a despeito de se autoproclamar norma que aplica diretamente a Constituição).

Deve-se sempre ter em conta que é da essência do Estado Democrático de Direito o controle recíproco entre os Poderes, o que reforça a possibilidade do controle congressional. Na verdade, a perspectiva aqui é de *diálogo institucional*⁷⁶⁸. Não há instituição infalível, como

⁷⁶⁶ V. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos do Poder Executivo*, 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

⁷⁶⁷ Carlos Ari Sundfeld, tratando dos regulamentos organizativos, admite expressamente a possibilidade do controle do Legislativo com fulcro no art. 49, V, da Constituição. Segundo o publicista, a atribuição congressional abrange o controle dos atos normativos e assim são classificados os “decretos versando sobre criação, estruturação e extinção de órgãos públicos”, e arremata, “assim, em caso de abuso do poder regulamentar quando da edição de decretos voltados à implementação de reforma administrativa (...) pode o Legislativo sustá-los.” (*Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos*, Revista de Direito Público, n. 97, 1991, p. 52).

⁷⁶⁸ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues. interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

inexiste arranjo institucional que garanta, sozinho, um regime político justo⁷⁶⁹. Administração Pública, Parlamento e Poder Judiciário cometem erros e a História é testemunha disso. Trata-se de órgãos feitos de homens e mulheres concretos, com seus incentivos e pré-compreensões. Em todo caso, a despeito das imperfeições, melhor que acreditar numa só instituição, é depositar as esperanças de controle na dinâmica e interação⁷⁷⁰ entre os diversos poderes⁷⁷¹, considerando, concretamente⁷⁷², suas capacidades institucionais⁷⁷³.

É assim que a norma do art. 49, V, nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, sempre foi e continua sendo “*um instrumento de autoridade da lei em face da função regulamentar que lhe é subordinada*”.⁷⁷⁴ Trata-se, mais que isso, de mecanismo para garantia de autoridade da Constituição, na proteção da competência legislativa do Congresso, num processo intenso de diálogo entre os Poderes Públicos.

É *dever constitucional* do Congresso (art. 49, XI), sempre que verificar caso de “excesso de poder” em face da Constituição, sustar o ato regulamentar.⁷⁷⁵ E mais. Tal análise parlamentar, embora permeada pelo ambiente político congressional, defluirá num ato jurídico passível, ainda, de revisão judicial. Como se sabe, o ato de sustação congressional (na forma de decreto legislativo) é passível de controle pelo STF por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, porquanto, embora seja, do ponto de vista orgânico, um ato político, tem conteúdo eminentemente normativo ao inibir a eficácia de regulamento geral e abstrato⁷⁷⁶ (art. 102, I, “a”, da Constituição). De fato, o STF admite ação direta de inconstitucionalidade em face do decreto legislativo de sustação de ato normativo regulamentar do Executivo, conforme decidiu na ADI nº 748-3-RS, rel. Min. Celso de Mello, (j. 01.07.1992).

⁷⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Campus Elsevier, 2008, p. 171.

⁷⁷⁰ Ressaltando o aspecto adversarial dessa dinâmica, v. DERBLI, Felipe. “Interações estratégicas entre os poderes no controle de constitucionalidade: aplicações da teoria dos jogos nos diálogos constitucionais”, in *Direito Público*, org.: Rodrigo Brandão e Patrícia Baptista, (Vol. 8 da Coleção 80 anos Direito UERJ), Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015.

⁷⁷¹ Nas palavras de Rodrigo Brandão: “o sentido e o futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil. Esta resposta apresenta a vantagem de reconhecer a falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 208).

⁷⁷² Carlos Ari Sunfeld sustenta que “os debates jurídico-administrativos não devem ser feitos a partir de idealizações platônicas, e sim a partir da experiência jurídica” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 135-136).

⁷⁷³ Para uma perspectiva de diálogos institucionais no âmbito do direito econômico, v. CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar: 2010, pp. 227-310.

⁷⁷⁴ Voto na ADI nº 748-3-RS, rel. Min. Celso de Mello, (j. 01.07.1992).

⁷⁷⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁷⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 89.

Em suma: o art. 49, V, conquanto pouco utilizado, tem enorme potencial para garantir um modelo de controle *a posteriori* compatível com as necessidades pragmáticas do Estado contemporâneo. O legislador que sabe que poderá controlar o objeto delegado tem mais incentivos para transferir poderes e garantir uma dinâmica saudável para a democracia. Afinal, o sucesso da democracia brasileira passa tanto pelo êxito das ferramentas de coalizão, dentre as quais aquelas relativas às capacidades normativas do Poder Executivo, quanto pelas possibilidades plurais de controle⁷⁷⁷. Nas palavras de Marcus André Melo e Carlos Pereira, “[E]xtensive delegation of powers to the executive is necessary to solve coordination problems and enhance democratic stability, but makes necessary the existence of countervailing mechanisms to check presidents”⁷⁷⁸.

3.7 Legalidade administrativa e poder regulamentar no Brasil de carne e osso.

A atividade normativa da Administração Pública brasileira não cabe na teoria clássica dos regulamentos. Se, ao longo da história, os dispositivos constitucionais relativos à legalidade e à separação de Poderes pouco mudaram, a realidade se mostrou bastante diversa. Tanto a prática administrativa, quanto a jurisprudência acabaram por referendar o poder de criação jurídica da Administração Pública. A ação normativa da Administração tende a ser cada vez mais incrementada. Quanto a isso, parece haver significativa concordância na literatura⁷⁷⁹, o que já era indício forte da mutação constitucional que defendemos.

Mas a presente tese vai além dessa constatação do avanço notório dos regulamentos. Buscou-se entender em que medida esse quadro pode ser favorável para as instituições brasileiras e para o aperfeiçoamento da democracia, tendo por base o efetivo contexto do presidencialismo de coalizão. Delineou-se, assim, um conjunto de ideias justificadoras das delegações legislativas no Brasil, cujo alvo é o desenvolvimento institucional e o progresso democrático no País. Este é um estudo “*prodelegation*”, no rótulo criado por Jerry Mashaw, que, nos EUA, tem como método de investigação acadêmica, os limites e possibilidades da

⁷⁷⁷ Para uma crítica ao presidencialismo argentino e filipino justamente pela sua falta de meios de controle, v. ROSE-ACKERMAN, Susan; VALOSIN, Natalia e DESIERTO, Diane. "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, 2011, pp. 246-333.

⁷⁷⁸ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2013, p. 160

⁷⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 247.

aplicação da ciência política descritiva (*public choice*) para aperfeiçoar o direito público daquele país⁷⁸⁰.

Diante disso, muitas vezes nos questionamos quanto ao que sobra para a legalidade administrativa, enquanto princípio jurídico previsto no art. 37 da Constituição, após os influxos advindos da ciência política empírica. O que fica para a *lei*, instrumento de vinculação positiva do Administrador Público aos interesses do povo, quando se verifica que: (i) a vontade legislativa dificilmente advirá de um consenso majoritário, mas será resultado do acaso dos ciclos de votação, ou do direcionamento de agenda (*Teorema de Arrow*⁷⁸¹); (ii) que o processo deliberativo no Congresso não envolve, propriamente, o debate de ideias para o bem comum, mas a definição de se seguir ou não os acordos celebrados pelo Poder Executivo na formação da coalizão⁷⁸²; e (iii) que esses acordos envolvem a distribuição de cargos e a liberação de emendas orçamentárias para que sejam atendidos grupos articulados no Parlamento, ou currais eleitorais?

E mais: qual o sentido de se proibirem delegações legislativas se a atividade normativa fora das casas legislativas: (i) se apresenta como alternativa praticável da Administração Pública multifuncional contemporânea, que está muito além da aplicação da lei de ofício; (ii) é capaz de, com menores custos de transação, canalizar a vontade majoritária por meio da liderança de uma Presidência da República eleita, controlável e com significativa exposição na mídia; e (iii) se, em boa parte das vezes, a delegação é obra da cooperação – e não usurpação⁷⁸³ – entre dois Poderes alinhados na interação do nosso presidencialismo?

A República brasileira, instituída por meio de decreto⁷⁸⁴, continuará sendo um *país de regulamentos*⁷⁸⁵. Sem embargo, isso não pode levar à conclusão de que estamos condenados

⁷⁸⁰ MASHAW Jerry. “Prodelegation. Why administrators should make political decisions”. In *Journal of law economics and organizations*, vol. 1, n. 1, 1985, pp. 81-100; e MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997.

⁷⁸¹ ARROW, Kenneth Joseph. *Social choice and individual values*, 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1963.

⁷⁸² Gustavo Zagrebelsky, a propósito, nota que: “A lei – neste ponto de sua história – já não é a expressão ‘pacífica’ de uma sociedade política internamente coerente, mas manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; já não é o final, mas a continuação do conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis (...). É, ao contrário, um ato personalizado (no sentido de que provêm de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares” (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. para o espanhol de Mariana Gascón), Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 38).

⁷⁸³ “O caso brasileiro não é de usurpação pura e simples do poder de legislar pelo Executivo. O que a Constituição Federal de 1988 acabou produzindo foi uma *maior interação, no exercício da competência legislativa, entre Executivo e Legislativo*” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 252).

⁷⁸⁴ V. Decreto nº 1 de 15.11.1889.

ao autoritarismo, como também não quer dizer que as *leis* não terão mais razão de ser diante de uma legalidade administrativa sem o significado iluminista. Se existe um processo de delegações por meio da expansão do poder regulamentar que pode ser benéfico para a democracia e condizente com a realidade política, isso não implica a desconsideração do princípio da legalidade. *A legalidade não é um comando facultativo*⁷⁸⁶. Se fosse, a Constituição seria um estatuto sem efetividade, uma *folha de papel* que poderia ser sempre superada pelos fatores reais de poder, como diria Ferdinand Lassalle⁷⁸⁷. A Constituição é norma jurídica⁷⁸⁸. O princípio da legalidade administrativa possui efetividade e deve ser aplicado. A questão é *como* isso será feito. E a Constituição não dá essa resposta de forma completa e clara.

Daí a nossa proposta é de que a ação regulamentar da Administração Pública seja recolocada como uma engrenagem estratégica do funcionamento da política brasileira, conforme o desenho institucional traçado na Constituição de 1988. O Poder Legislativo nunca foi o ente idealizado na sua origem. Todavia, o *pedigree* da lei do Parlamento continua sendo fundamental como gatilho de diálogo institucional, de modo que a falta do instrumento legislativo pode provocar a ilegitimidade da delegação. Nesse contexto, a legalidade administrativa é a ferramenta normativa para o ajuste fino da tensão entre os interesses de cada um dos atores do jogo em que o Estado de Direito (real) será promovido⁷⁸⁹. A legalidade é o método básico para a manutenção do colóquio entre Administração Pública e o Congresso,

⁷⁸⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 105.

⁷⁸⁶ Segundo Sabino Casseese, para analisar o princípio da legalidade, o estudioso deve se afastar de visões oitocentistas, mas com o cuidado de não torná-lo um conceito facultativo. A legalidade ainda tem razão de ser e não pode ser algo optativo. Assim, para evitar esse tipo de erro, deve-se examinar a legalidade com um olhar histórico, mas sem que o foco esteja apenas nas problemáticas antigas, devendo-se *ir ao fundo das novas dificuldades*. CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro* (coord. da ed. Espanhola: Alicia Isabel Saavedra-Bazaga), Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2014, p. 344.

⁷⁸⁷ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* (trad. Hiltomar Martins Oliveira), Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

⁷⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 4^a ed., 2000; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003; e SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002. Ver, ainda, HESSE, Konrad. “La fuerza normativa de la Constitución”, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, pp. 59-84; e ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Cívitas, 1988.

⁷⁸⁹ “Whenever everyone is doing what is best for him or her, given what everyone else does, actions are predictable and, unless some exogenous event occurs, stable. Hence it is not stability that distinguishes the rule of law but the distribution of power. When power is monopolized, the law is at most an instrument of the rule of someone. Only if conflicting political actors seek to resolve their conflicts by recourse to law, does law rule” (MARAVALL, José María e PRZEWORSKI, Adam. “Introduction”, in *Democracy and the rule of law* (org. por MARAVALL, J. M. e PRZEWORSKI, A.), 2003, p. 3.

ao mesmo tempo em que previne a usurpação e incentiva a cooperação entre os Poderes. Na Constituição de 1988, inexistia administração pública sem o Poder Legislativo, do que decorre a exigência prática de coalizão e de barganha entre os Poderes. A liberdade sonhada pelo legalismo liberal é promovida num processo de busca do ponto ótimo de custos, para que não haja imobilismo, como aconteceu com o regime de 1946, e para que a democracia não se deteriore em esquema indesejado de trocas excessivas que incentivem corrupção, verdadeiro *cupim da República*, na metáfora consagrada por Ulisses Guimarães quando da promulgação da Constituição de 1988.

Por conta disso a ação administrativa deve estar de vinculada a algum nível de vontade legislativa. De acordo com a sistematização de Carlos Ari Sundfeld, isso pode se dar (i) substancial, (ii) processual, ou (iii) organizacionalmente⁷⁹⁰. Trataremos de cada uma delas na sequência, começando pelas duas últimas, as quais se destacam como os mais difundidos trunfos contemporâneos do Direito Administrativo comprometido com o projeto de contenção do poder e a promoção de direitos.

3.7.1 Vinculação organizacional

Refere-se aqui às normas instituidoras dos aparatos burocráticos e das disposições de controle recíproco entre eles. A regra no direito brasileiro é a de que todo organismo administrativo deverá ter seu desenho definido no processo legislativo. A Chefia do Poder Executivo, embora possua iniciativa privativa do projeto de lei para esse fim, deverá submeter ao Congresso Nacional o seu intento de criar cargos, organismos e entes administrativos, como decorre do art. 61, § 1º, II, especialmente as alíneas *a* e *e*⁷⁹¹, bem como do art. 37, XIX⁷⁹². A Administração Pública só terá atribuições efetivas se obtiver a aquiescência legislativa. A lei definirá competências, dividirá tarefas e designará funções.

⁷⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 246-247.

⁷⁹¹ Art. 61. (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; (...)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI” (Redação da alínea *e* dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

⁷⁹² “Art. 37. (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

Ainda que a organização e o funcionamento administrativos, quando isso não implicar criação ou extinção de órgão público, nem aumento de despesa, prescindam da lei formal (art. 84, VI, *a*, CRFB), conforme explicado na primeira parte, fato é que, em algum nível, haverá uma base legal. A organização e o funcionamento da Administração Pública dependem de alguma estrutura criada por lei. Ela carece de órgãos, cargos, competências, atribuições efetivas, poderes, etc.. Do contrário, será ilegítima.

Pode-se dizer, de modo geral, que o legislador brasileiro tem feito bons trabalhos na tarefa de desenhar instituições, o que destaca a importância desse tipo de vinculação. O sucesso da democracia brasileira é também fruto de um arranjo institucional de intensos controles por órgãos independentes que, saudavelmente, competem entre si. Instituições fortes de controle, criadas pela Constituição e equipadas no processo legislativo, as quais são a chave para que se entenda como o nosso *presidencialismo hiperbólico* trouxe resultados positivos⁷⁹³. Com os olhos na América Latina, já se disse que: “*os países que possuem os mais independentes e efetivos controles judiciais e de auditoria, bem como uma mídia independente e pluralística, foram aqueles que, sistematicamente, atingiram melhores resultados*”⁷⁹⁴.

As normas organizacionais são um primeiro passo para um arranjo legítimo de Administração Pública, as quais interagem intensamente com as regras procedimentais.

3.7.2 Vinculação processual.

Talvez o mais poderoso meio de vinculação legislativa da ação administrativa atual esteja na criação de ritos, procedimentos e itinerários decisórios. O processo⁷⁹⁵ administrativo, tendencialmente multilateral, aberto e com potencial participativo venceu o ato administrativo⁷⁹⁶, unilateral, fechado ao gabinete da autoridade e com características

⁷⁹³ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 40.

⁷⁹⁴ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 40.

⁷⁹⁵ Adotamos aqui o conceito de processo de Carlos Ari Sundfeld: “*processo é o encadeamento necessário e ordenado de atos e fatos destinado à formação ou execução de atos jurídicos cujos fins são juridicamente regulados*” (SUNDFELD, Carlos Ari *Fundamentos do direito público*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 94).

⁷⁹⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

autistas⁷⁹⁷. O processo deixa de ser um coadjuvante e torna-se um dos eixos centrais da ação administrativa⁷⁹⁸. Ele é a forma genuína de ação pública no Estado Democrático de Direito⁷⁹⁹.

Floriano Azevedo Marques Neto fala num direito fundamental ao processo administrativo, como decorrência do art. 5º, LV, da Constituição, do que decorre que “o ato administrativo deverá ser, em regra, o resultado necessário de um processo administrativo”⁸⁰⁰. E prossegue o autor sustentando que referido direito “obriga que todo ato seja praticado no ambiente da processualidade”⁸⁰¹. Com isso, o ato administrativo torna-se permeável aos interesses dos administrados, ganha capacidade prospectiva, com avaliação e comparação de alternativas e juízos ponderativos e de fundamentação das escolhas⁸⁰². No processo, o Administrador Público deve declinar as razões de suas escolhas, inclusive normativas⁸⁰³, dando oportunidade aos interessados para opinarem e receberem respostas.

A processualidade administrativa⁸⁰⁴ está muito além dos procedimentos⁸⁰⁵ individuais, em que o particular advoga seus interesses perante a autoridade administrativa, para se defender (e.g.: processos sancionatórios), ou mesmo para obter, ou manter, um benefício (e.g.: processos previdenciários). Trata-se de verdadeira transformação estrutural, em que o caminho trilhado é tão importante quanto a linha de chegada⁸⁰⁶. O discurso é de um sistema em que os agentes públicos interajam com diversos sujeitos e instituições antes que as

⁷⁹⁷ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. “A superação do ato administrativo autista”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 89-113.

⁷⁹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71.

⁷⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91.

⁸⁰⁰ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. “A superação do ato administrativo autista”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 109.

⁸⁰¹ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. “A superação do ato administrativo autista”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 110.

⁸⁰² MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. “A superação do ato administrativo autista”, in *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 110.

⁸⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. “O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública”, in *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto* (org. Sérgio Guerra e Celso Rodrigues Ferreira Junior), Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 501-514.

⁸⁰⁴ V. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2008.

⁸⁰⁵ Não nos parece relevante a distinção semântica entre processo e procedimento. Patrícia Baptista narra que o grau da divergência sobre essa terminologia é tão grande que os diplomas legais mais relevantes editados no Brasil sobre o tema, a Lei federal nº 9.487/99, e a Lei paulista nº 10.177/98 utilizaram nomenclaturas distintas (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 222). Para os fins desta tese, utilizaremos ambos como sinônimos. Para aprofundamento sobre a distinção terminológica e defesa de um processo administrativo: v. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 45-63.

⁸⁰⁶ Conforme Sabino Cassese, “a ‘procedimentalização’ do Direito Administrativo faz necessário um novo enfoque, porque a centralidade das decisões administrativas foi substituída pela centralidade do procedimento”, cfr. CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro* (coord. da ed. Espanhola: Alicia Isabel Saavedra-Bazaga), Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2014, p. 452.

decisões sejam tomadas. Em outras palavras, deve haver a possibilidade de efetiva participação dos interessados na formação dos atos públicos⁸⁰⁷.

No âmbito de um poder regulamentar que se expande, a processualidade tem um papel crucial de legitimação⁸⁰⁸. Não se trata apenas de se exigirem consultas e audiências públicas, mas do desenvolvimento de um verdadeiro *devido processo regulamentar*⁸⁰⁹. Isto é: um conjunto de normas capazes de: (i) criar incentivos para que as decisões administrativas estejam mais próximas dos interesses dos administrados, cujos direitos poderão ser promovidos e protegidos; (ii) incrementar o nível de transparência do processo decisório, o que diminui os incentivos à captura, notadamente com a possibilidade de exposição na mídia; (iii) reduzir as chances de decisões arbitrárias, pois, necessariamente, deverão ser considerados outros pontos de vista; e (iv) incitar o bom uso da *expertise* no processo de tomada de decisão, exigindo-se estudos de impacto das medidas administrativas, com avaliação de custos e benefícios envolvidos.

O legislador brasileiro explorou muito pouco o potencial do *processo* como meio de vinculação do Administrador Público. Embora a edição da Lei nº 9.784/1999, conhecida como Lei do Processo Administrativo Federal (LPA), tenha sido um marco na processualização⁸¹⁰, com a positivação⁸¹¹ de diversos aspectos da teoria dos atos administrativos⁸¹², há muito ainda por fazer. Se a lei, por exemplo, instituiu o dever de

⁸⁰⁷ Nesse sentido, MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74.

⁸⁰⁸ Conforme Patrícia Baptista: “O processo administrativo, em primeiro lugar, qualifica-se como um meio apto a legitimar a atuação da Administração Pública. (...) A legitimação pelo processo decorre em grande parte da abertura que ele propicia para a participação. O processo, por si só, não gera legitimação. A legitimação, na verdade, é resultado do maior envolvimento das partes na tomada de decisão” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 244-245).

⁸⁰⁹ Com uma perspectiva ainda mais abrangente, incluindo o processo legislativo, v.: ROSE-ACKERMAN, Susan. EGIDY, Stefanie e FOWKES, James. *Due process of lawmaking: the United States, South Africa, Germany and European Union*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015. V., ainda, MASHAW, Jerry. *Due process in the administrative state*. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁸¹⁰ Destaca-se da lei, por exemplo, a positivação do dever de motivação, a possibilidade de convalidação de atos administrativos, a impossibilidade de interpretação retroativa pela Administração Pública, bem como as regras atinentes ao devido processo legal, como aquelas relativas ao direito de defesa e ao contraditório.

⁸¹¹ Registre-se o empurrão da academia na edição do estatuto. A Lei nº 9.784/1999 foi fruto de anteprojeto de lei elaborado pelos professores: Caio Tácito (Presidente), Odete Medauar (relatora), Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Incêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Almiro do Couto e Silva, Adilson Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Modesto e Cármen Lúcia Antunes Rocha. Como conta Almiro do Couto e Silva, a minuta elaborada pela comissão tornou-se projeto de lei e foi aprovada sem alterações (SILVA, Almiro do Couto e. “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, 2005, p. 2).

⁸¹² Rodrigo Pagani de Souza faz interessante análise empírica dessa positivação, avaliando em que medida a Lei de Processo Administrativo federal foi absorvida pela jurisprudência. O autor critica a postura do STF, que, por

motivação dos atos administrativos⁸¹³, propugna-se que a lei passe a fazer exigências de que tal exposição das razões administrativas seja precedida, *e.g.*, de análise de impacto regulatório (AIR⁸¹⁴), quando aplicável. Se a LPA criou a faculdade de que sejam feitas consultas ou audiências públicas⁸¹⁵ (art. 31 e 32⁸¹⁶), o legislador poderia considerar torná-las obrigatórias no âmbito regulamentar. Ou, que, pelo menos, estabelecesse o dever explícito de justificação das razões pelas quais se optou pela não realização de consulta/audiência pública. Se a Lei nº 9.784/1999 entendeu ser relevante limitar o prazo para que a Administração Pública anulasse seus próprios atos (art. 54), poderia também considerar o estabelecimento de normas que obrigassem o Administrador a rever seus regulamentos e marcos regulatórios de tempos em

vezes, vale-se da construção teórica para contrariar a lei (SOUZA, Rodrigo Pagani de. “A legalização da teoria dos atos administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF”, *in Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 383-400).

⁸¹³ “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

⁸¹⁴ Segundo Alice Voronoff, a AIR: “*é um instrumento que municia os reguladores de dados empíricos relevantes e lhes oferece uma abordagem global a partir da qual podem avaliar as opções e consequências de suas decisões. De fato, uma compreensão equivocada do problema ou dos efeitos diretos e indiretos da ação governamental pode minar a regulação e resultar em falhas regulatórias. A AIR é usada para delimitar os problemas e assegurar que a ação governamental seja justificada e apropriada*” (cfr. MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *Racionalidade e otimização regulatórias: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2012, p. p. 214).

⁸¹⁵ Consulta pública é definida como o procedimento formal que envolve a abertura de prazo para manifestação por escrito dos interessados. Já a audiência pública é a sessão aberta ao público para que sejam colhidas manifestações orais dos interessados (v. MODESTO, Paulo. “Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização”. *In Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 2, 2005. Disponível *on line*: <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 01.11.2015).

⁸¹⁶ “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

tempos, ou mesmo que fixasse prazos de validade para algumas medidas mais restritivas. Enfim, há um arsenal de ferramentas⁸¹⁷ de aperfeiçoamento do processo administrativo que pode ser explorado pelo legislador ciente de que a vontade administrativa deve refletir uma vontade democrática⁸¹⁸.

É claro, porém, que a processualização pode trazer outros desafios⁸¹⁹. O excesso de etapas para a tomada de decisão pode gerar imobilismo numa Administração Pública já vista como lenta. Pode, também, incrementar o número de *veto players*, majorando incentivos à corrupção e incrementando custos de transação. Todavia, esse é um preço que pode ser compensado pelas vantagens do processo definido pelo legislador.

O processo é uma das melhores formas – talvez a mais compatível para os dias de hoje – que o Poder Legislativo tem para legitimar e dirigir a ação administrativa⁸²⁰. Com ele, *em primeiro lugar*, o problema de agência, descrito na Segunda Parte, é mitigado, pois não se questiona diretamente se a vontade dos representantes eleitos será observada pelos administradores, mas apenas se espera que o rito seja seguido. Como o *agent* nem sempre segue o seu *principal*, o mandante pode, ao menos, regular *como* a Administração decide (ritos, procedimentos, diligências, estudos, avaliações, participação, justificações, etc.). *Em*

⁸¹⁷ As ferramentas que citamos são difundidas pelos defensores do movimento denominado *better regulation* (que traduzimos como melhora regulatória). O movimento de *melhora regulatória* passou a ter dimensão internacional a partir do trabalho desenvolvido pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, desde o final da última década do século passado. A OCDE adota sete parâmetros de melhora. São eles: 1 – Adotar, no nível político, programas de melhora/reforma regulatória abrangentes que estabeleçam objetivos claros e diretrizes para implementação; 2 – Avaliar os impactos e revisar a regulação sistematicamente para garantir que ela atenda, de maneira eficiente e efetiva, aos objetivos para os quais foi criada, num contexto econômico e social complexo e mutável; 3 – Garantir que a regulação, as instituições reguladoras encarregadas de sua implementação e os processos regulatórios sejam transparentes e não discriminatórios; 4 – Revisar e fortalecer, onde necessário, a efetividade e a aplicação da política de concorrência; 5 – Estabelecer regulação econômica em todos os setores para estimular a concorrência e a eficiência e eliminá-la, exceto em situações em que seja claramente demonstrado que a regulação é a melhor maneira de atender o interesse público; 6 – Eliminar barreiras regulatórias desnecessárias ao comércio e ao investimento por meio de políticas de liberalização e incentivar a abertura do mercado por meio do processo regulatório, de modo a aumentar a eficiência econômica e a competitividade; e 7 – Identificar interfaces importantes com outros objetivos de política e desenvolver políticas que atendam esses objetivos de maneira complementar à melhora/reforma regulatória”. (*OECD guiding principles for regulatory quality and performance*. Disponível em <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>, acesso em 01.11.2015). Sobre o tema, v.: ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*, disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf, acesso em 01.11.2015. V., também: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 195-237.

⁸¹⁸ Conforme Niklas Luhmann: “a legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou métodos variáveis de estabelecimento de consenso” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. UNB, 1980, p. 31).

⁸¹⁹ Como discutido por KERLEY, Bill, e STARR, Graeme. “Public Consultation: Adding Value or Impeding Policy?”. *In Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform*, vol. 7, n. 2, 2000, pp. 185–192.

⁸²⁰ E muito pode ser feito sem a necessidade de projeto de lei de iniciativa da Chefia do Poder Executivo.

segundo lugar, porque o processo é mais facilmente controlável por juízes e órgãos de fiscalização. Sim, porque diante do descumprimento de uma etapa processual, o Poder Judiciário, ou uma Corte de Contas, terá mais conforto para, com menores chances de erros, controlar a ação administrativa. Não observar o procedimento é indício importante – embora não definitivo – de que houve abuso e é muito mais simples de ser controlado que o mérito da ação administrativa em si⁸²¹.

Carlos Ari Sundfeld ressalta que é o processo administrativo e não a especificação legislativa o grande responsável por conter abusos de autoridade na Administração Pública⁸²². Para isso, apresenta, como exemplo, o caso do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937, o qual atribuiu dilatado poder discricionário ao órgão federal de proteção ao patrimônio (IPHAN, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Segundo a letra do dispositivo, as “*coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas*”. Como se observa, o dispositivo estabelece, primeiro, uma regra categórica de proibição. Todavia, faz uma alargada ressalva: a vontade do IPHAN. O IPHAN pode autorizar modificação das coisas tombadas. Poder-se-ia cogitar que o dispositivo teria levado a uma postura abusiva por parte do Instituto. Todavia, no sentir de Carlos Ari Sundfeld, na experiência brasileira, “*o que conteve a arbitrariedade administrativas nesses anos todos não foi a densidade substantiva do art. 17 da lei, mas os aspectos institucionais de que a legislação cuidou: o tombamento tem de ser feito por processo administrativo, a competência é de um colegiado de especialistas, as competências têm limitações finalísticas, etc.*”⁸²³.

Não se está a sustentar que o processo terá sempre a capacidade de garantir os melhores resultados. Ele também não deve ser idealizado, como também não pode ser um fim

⁸²¹ Destacando a necessidade (e as vantagens) de que o controle judicial da Administração Pública tenha por foco o processo administrativo, v. JORDÃO, Eduardo, e ROSE-ACKERMAN, Susan. “Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review”, in *Administrative Law Review*, vol. 66, 2014, pp. 1-72. Nas palavras dos autores: “*administrative process may help the judges themselves to understand what the government or agency has done. In particular, the courts require that rules or adjudications be accompanied with reasons so that they can judge if the underlying policy is in accord with the legislative text. They act as guardians of the will of the legislature. Second, they monitor the administrative process not to help them decide cases but to ensure that the policymaker is accountable to the public. Here, accountability flows directly to the citizenry rather than indirectly through the legislature to the voters. To the extent that the courts recognize a role for such a direct connection between citizens, on the one hand, and government ministries and independent agencies, on the other, judicial review can emphasize both public participation and reason-giving*” (op. cit., p. 69).

⁸²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 269-270.

⁸²³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 270.

em si mesmo. Também não se defende aqui o fetiche da forma sobre o conteúdo. Até mesmo porque, no extremo, conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha⁸²⁴, o processo pode promover a barbárie. O processo pode ser *kafkiano*, teratológico, causar injustiças. Assim, além da preocupação com o aperfeiçoamento das etapas do processo, com a criação de meios de controle, formas de deliberação e revisão, deve-se ter a cautela de que sejam fixados os fins processuais pelas leis de ritos, bem como que haja a definição, em algum nível, da substância do direito a ser aplicado pela Administração Pública. A vinculação positiva à matéria legislativa ainda é um pressuposto do Direito Administrativo. O desafio é saber o grau dessa vinculação.

3.7.3 Vinculação substancial: reposicionando as reservas de lei.

Uma pergunta sempre estará presente no debate sobre regulamentos: qual o nível de detalhamento adequado, ou necessário para que não haja delegação? De forma direta: quanto de lei é suficiente?

A doutrina da indelegabilidade defenderá uma lei maximalista. O legislador deve desconfiar do administrador e domar suas tendências imperiais traçando diretrizes claras sobre os regulamentos a serem editados. Do contrário, haverá delegação disfarçada e inconstitucional. Diz-se também⁸²⁵, com frequência, que a lei deverá estabelecer todos os direitos e obrigações⁸²⁶. Essa seria uma decorrência lógica do princípio da legalidade na perspectiva dos particulares, segundo o qual ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (art. 5º, II, CRFB)⁸²⁷. Nas palavras de José Afonso da Silva, “[S]ó a lei cria direitos e impõe obrigações negativas e positivas”⁸²⁸. O regulamento que pretender adentrar essa seara será ilegítimo.

⁸²⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, 1997, pp. 189-222.

⁸²⁵ Nós mesmos já dissemos isso: CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 83. Como decorre do texto, não pensamos mais assim.

⁸²⁶ Nas palavras de Pontes de Miranda: “qualquer regra jurídica que crie dever de ação positiva (fazer) ou de ação negativa (deixar de fazer, abster-se) tem de ser regra de lei com as formalidade que a Constituição exige”. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo V, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 1.

⁸²⁷ Marçal Justen Filho, valendo-se da distinção corrente entre princípios e regras (a propósito, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006), sustenta que o disposto no art. 5º, II é verdadeira regra (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 224). Todavia, a despeito de rejeitar a possibilidade de que regulamentos criem direitos e obrigações, ou de matérias reservadas ao regulamento, Marçal Justen Filho admite que o regulamento possa inovar no ordenamento jurídico, ou mesmo que, na linha do que o STF decidiu sobre o CNJ, aplique diretamente normas constitucionais (*op. cit.*, pp. 237 e 240).

⁸²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 422.

De outro lado, há quem sustente que essa ilação é irreal. O regulamento sempre criará algo de novo⁸²⁹. Inclusive direitos e obrigações⁸³⁰. O que ele não pode é contrariar a lei, o que nem sempre será um obstáculo significativo, diante da proliferação de estatutos que se utilizam de direcionamentos vagos e conceitos jurídicos indeterminados. Sustentar, por exemplo, que as resoluções da ANATEL que regulam o serviço de telefonia móvel não criam direitos e obrigações – ou que não deveriam criar em hipótese alguma – é simplesmente míope⁸³¹. Até mesmo porque, conforme Carlos Ari Sundfeld, “os defensores dos regulamentos só executivos superestimam muito a capacidade que a definição de direitos e deveres pela própria lei tem de bloquear a atuação criativa dos administradores”⁸³².

A doutrina dos princípios inteligíveis (*intelligible principles doctrine*⁸³³), desenvolvida nos EUA e abraçada pelo STF⁸³⁴, aceita a capacidade criativa do Administrador Público. Há a possibilidade de criar, desde que haja parâmetros legislativos; critérios mínimos de compreensão da vontade do Parlamento. Sem embargo, não há nitidez quanto àquilo que seria inteligível. Ou o quanto é bastante para ser compreensível o fim legislativo. Algo semelhante pode ser dito sobre a *teoria da essencialidade* desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão⁸³⁵, que também não traz resposta definitiva. Segundo essa teoria, o legislador deve traçar as orientações básicas, *i.e.*, os elementos essenciais de cada questão, notadamente quando houver direitos fundamentais envolvidos⁸³⁶. Nessa linha de raciocínio, “a densidade da regulamentação parlamentar deve variar de acordo com a intensidade da (potencial)

⁸²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 414.

⁸³⁰ Nesse sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, 2004, pp. 51-64.

⁸³¹ Conforme já tivemos a oportunidade de registrar: “Um regulamento que se apresente como *mero elemento de execução* ou *procedimento de aplicação da lei*, além de ser pouco útil, criaria um ônus imenso ao legislador de descer a minúcias, prevendo consequências plurais, realidades e circunstâncias que nem os mais criativos romancistas conseguiriam imaginar. Ademais, o que significa ser um mero elemento de execução? Entendemos que, na maioria das hipóteses, não se pode executar sem que se *crie algo de novo*, algo que acrescente” (CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 88).

⁸³² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 273.

⁸³³ V. primeira parte, item III.2.

⁸³⁴ V. primeira parte, cap. IV.

⁸³⁵ A teoria da essencialidade “pouco nos diz (...) sobre a intensidade da previsão legislativa a respeitar no âmbito da reserva, quer em face da atividade normativa da administração quer em face da sua atividade concreta e individual” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra ed., 2002, pp. 177-178).

⁸³⁶ A questão essencial, explica Uwe Kischel: “*is whether the decision is essential for putting into effect the basic rights*” (KISCHEL, Uwe. “Delegation of legislative power to agencies: a comparison of the United States and German Law”, in *Administrative Law Review*, vol. 46, n. 2, 1994, p. 231).

restrição das posições jusfundamentais envolvidas”⁸³⁷. O nível de especificidade requerida, de certa forma guiada pelos requisitos de *conteúdo*, *propósito* e *escopo*, do art. 80 da Lei Fundamental (que trata da figura próxima àquela do art. 68 da CRFB), “*depende da questão envolvida, a intensidade da regulação, a complexidade do problema e a probabilidade de que as circunstâncias se modifiquem com o tempo*”⁸³⁸.

A ideia mais difundida do projeto de vinculação positiva da vontade administrativa à lei advém da teoria das *reservas legislativas*. Como explicamos na primeira parte, a literatura refere-se a reservas de lei formal ou material, bem como a reservas absolutas, relativas e qualificadas. No Direito Administrativo, defende-se, ainda, uma reserva geral de lei, dentro da noção de que inexistente atividade criativa do Administrador Público⁸³⁹. Sua vontade deveria ser a vontade da lei. Tal perspectiva, como já deve soar ao leitor, não nos parece correta. O legislador, ainda que tivesse todo tempo e capacidade técnica do mundo, seria incapaz de exaurir o espaço de criação administrativa. No mundo complexo contemporâneo, caminha-se em direção oposta a essa visão. Mas há mais a se discutir sobre as reservas de lei.

Iniciemos pelo conceito de reserva absoluta de lei. Como tratado na primeira parte, reserva absoluta é vista como a hipótese em que o constituinte teria exigido do legislador uma atividade exauriente⁸⁴⁰. Espera-se que o Parlamento fixe o fundamento e a totalidade dos critérios de decisão do agente público⁸⁴¹. Esse seria o caso das reservas do direito tributário⁸⁴², e do direito penal⁸⁴³, dos quais decorreria um comando de tipicidade reforçada. No Direito Administrativo, sustenta-se que há temas, notadamente ligados a direitos fundamentais, que

⁸³⁷ KRELL, Andreas J.. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 18. Andreas Krell refere-se ao julgado BVertGE 83, 130 (142).

⁸³⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. EGIDY, Stefanie e FOWKES, James. *Due process of lawmaking: the United States, South Africa, Germany and European Union*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 168.

⁸³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 233-235.

⁸⁴⁰ V. item II.2.4.

⁸⁴¹ XAVIER, Alberto. “Legalidade e tributação”, in *Revista de Direito Público*, 47-48, 1978, p. 332.

⁸⁴² V. XAVIER, Alberto, *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 25. Para Ricardo Lobo Torres, mesmo no campo do Direito Tributário, onde é forte a doutrina da tipicidade fechada, há a possibilidade de um amplo poder regulamentar do Executivo em espaços não preenchidos pelo legislador, ressalvando que essa interpretação administrativa da lei não prevalecerá diante da interpretação judicial, que a controla (cfr. TORRES, Ricardo Lobo, *Legalidade tributária e riscos sociais*, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 53, 2000, p. 181).

⁸⁴³ Conforme Nilo Batista: “[a] ideia de ‘reserva absoluta’ arranca a proposição de que ‘a intervenção repressiva em matéria penal seja sempre o produto da dialética democrática no seio do Parlamento’, pois quando se trata de equilibrar os valores da segurança pública face à liberdade individual, deve considerar-se que ‘o procedimento legislativo, mesmo com suas imperfeições e lentidão, é ainda o mais idôneo para garantir tais bens’”. BATISTA, Nilo. “Bases constitucionais do princípio da reserva legal”. In *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 35, 1983, p. 56. O autor corrobora a sua posição em: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 67..

estão sujeitas a reserva absoluta de lei. Nesses casos, não é possível o “*transpasse, ainda que parcial, desta competência normativa reservada ao Poder Legislativo a órgão da Administração*”⁸⁴⁴.

Entendemos que o conceito de reserva absoluta de lei, notadamente no Direito Administrativo, envolve uma proposta impossível. O legislador nunca esgotará os elementos para a tomada de decisão. E se fosse exaurir, isso seria tão custoso que congelaria o processo legislativo, e criaria incentivos de usurpação de poderes⁸⁴⁵. Ademais, não há norma constitucional que indique tal obrigação legislativa de minudenciar seus comandos. A Constituição exige lei em diversos casos. Por exemplo: ela exige lei para que haja restrição ao exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único). Mas não especifica o quanto de lei é necessário⁸⁴⁶. Há, ainda, hipóteses em que o constituinte aponta um norte a ser seguido pelo legislador. Veja-se o caso do art. 5º, XII da Constituição, o qual estabelece o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, e dados e das comunicações telefônicas. O constituinte até admite que esse direito seja restringido, desde que, *por lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. Entende-se que o caso é de reserva qualificada de lei, na medida em que a única finalidade autorizada é a persecução penal. Mas daí a concluir que a lei deva esvaziar o espaço de criação administrativa é outra coisa.

A defesa de uma legalidade exauriente no Direito Administrativo é ilusória e impede que se discutam outros meios de efetivamente conter o arbítrio, tais como a processualização alargada e a instituição de meios de controle. Até mesmo porque, inexistente relação direta entre o dever do Parlamento de proteger e promover direitos e uma suposta obrigação de especificidade legislativa⁸⁴⁷.

A verdade é que “*o dogma originário da reserva legal afundou por seu próprio peso ante a ambição irrealista de suas exigências*”⁸⁴⁸. Demandar do legislador que ele aja como

⁸⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 156.

⁸⁴⁵ “*If policymaking delegation is too heavily restricted, Presidents will have strong incentives to find other ways to make policy and may turn to methods that are less accountable, such as necessity and urgency decrees and declaration of states of emergency*” (cfr. ROSE-ACKERMAN, Susan; VALOSIN, Natalia; e DESIERTO, Diane. “Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines”, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, 2011, p. 329).

⁸⁴⁶ Conforme Carlos Ari Sundfeld: “*a Constituição não define o quão profundas têm de ser as leis, tampouco as técnicas que elas devem usar para dirigir a ação administrativa*”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 258.

⁸⁴⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie e FOWKES, James. *Due process of lawmaking: the United States, South Africa, Germany and European Union*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 110. A perspectiva dos autores é comparativa e apresenta tal solução como aquela adotada na Alemanha e na África do Sul.

⁸⁴⁸ GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2012, p. 157.

um filósofo iluminista, ou um integrante da escola da exegese é fazer naufragar a legalidade enquanto projeto democrático de contenção do poder. Menos é mais⁸⁴⁹. Melhor que leis maximalistas, devem-se criar incentivos para que o Administrador labore com retidão. Para tanto, em muitos casos, basta ao Congresso a edição de normas substantivas gerais, e uma preocupação reforçada em desenhar processos e ferramentas racionais de controle e revisão.

Uma excessiva reserva de lei não é compatível com as capacidades que a própria Administração Pública tem para aperfeiçoar as escolhas estatais, como também ignora que a “*Administração atual é espaço de deliberação pública*”⁸⁵⁰. A delegação pode ser uma boa alternativa institucional para que sejam aproveitadas não só as *virtudes técnicas* da Administração⁸⁵¹, como também suas *virtudes democráticas*. Nesse sentido, Reinhold Zippelius explica, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que “*uma excessiva reserva de lei que concentrasse no parlamento todas as decisões essenciais, contrariaria o princípio da divisão equilibrada dos poderes e menosprezaria a legitimação democrática dos outros órgãos de Estado (cfr. BVerGE 68, 86 ss)*”⁸⁵².

Acreditamos que *administrar é criar a partir das leis*⁸⁵³, ainda que de baixa densidade normativa, ainda que leis quadro, ou mesmo, em alguns casos, meramente habilitadoras de competência. Com efeito, mais uma vez com Zippelius, é “*adequado regular por lei as atribuições de tarefas e competências. Quanto ao resto, basta, no entanto, assegurar, nas suas grandes linhas, o controlo parlamentar sobre as prestações do Estado*”⁸⁵⁴. Não só parlamentar, mas de uma *rede de responsividade*, que envolve os variados meios de controle da ação administrativa.

⁸⁴⁹ Gustavo Binenbojm, em trabalho recente, traz importante contribuição sobre o sentido atual das reservas de lei. Em suas palavras: “*Levar as reservas constitucionais de lei a sério não significa fechar os olhos para a imprescindível necessidade prática de atuação administrativa – concreta ou normativa – que envolva alguma margem de inovação. Mesmo na seara das restrições a direitos fundamentais, deve-se exigir a máxima determinabilidade possível das normas legislativas, mas, ao mesmo tempo, a abertura para o mínimo incomprimível de margem de livre decisão ou apreciação da Administração*” (BINENBOJM, Gustavo. *Transformações do poder de polícia: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ como requisito parcial para aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo, 2015, p. 84).

⁸⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 237.

⁸⁵¹ Stephen Breyer sustenta que há boas razões para que se creia nas *virtudes da Administração* (“*the virtues of bureaucracy*”), fazendo referência a Platão, que, na antiguidade, já propunha a união entre o conhecimento e a política (BREYER, Stephen. *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. x e 61).

⁸⁵² ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, 3ª ed. (trad., da 12ª ed. alemã de 1994, Karin Praefke_Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 395.

⁸⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 234.

⁸⁵⁴ ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, 3ª ed. (trad., da 12ª ed. alemã de 1994, Karin Praefke_Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 395.

3.8 Uma proposta: cinco cânones para a avaliação da legitimidade do poder normativo da Administração Pública brasileira

Não há resposta exata e completa para que, juridicamente, se avalie o quanto de densidade normativa é bastante. Assim, persistirá o desafio para identificar uma delegação válida, ou uma usurpação inconstitucional de poderes. Disso não decorre, todavia, a ausência de sentido da vinculação positiva da administração pública ao direito. A legalidade administrativa ainda tem significado e é norma jurídica. Seu sentido pressupõe, como exposto no item anterior, vinculação organizacional, processual e substancial. Devem-se buscar meios hermenêuticos para que essas vinculações sejam efetivas.

Pois bem. A essa altura da tese, cremos que seja útil oferecer ao leitor critérios objetivos que podem, em conjunto, auxiliar o intérprete no exame de legitimidade das delegações. Trata-se de *cânones interpretativos da indelegabilidade* no Brasil, como diria Cass Sunstein⁸⁵⁵. Isto é: mecanismos facilitadores da argumentação jurídica, que pragmaticamente dão um norte – *uma medição preliminar*⁸⁵⁶ – ao aplicador do direito sobre o papel normativo-constitucional do Parlamento na conformação da vontade administrativa. São eles: (i) a literalidade da norma constitucional que especifique a necessidade de lei; (ii) o critério da intensidade da possível restrição a direito fundamental; (iii) o nível de tecnicidade envolvida; (iv) a processualidade exigida para a edição do ato normativo; e (v) a maior possibilidade de controles por diferentes instituições.

Nenhum desses cânones é suficiente sozinho. Trata-se de *standards* que precisam de consideração tópica⁸⁵⁷ e implicam o ônus argumentativo daquele que sustentar a invalidade da ação regulamentar.

3.8.1 Critério literal: as reservas específicas de lei.

O texto constitucional será sempre um primeiro passo. Se a letra da Constituição determinar que um determinado tema deva ser objeto da *lei*, criou-se aí uma reserva

⁸⁵⁵ V. item III.2.

⁸⁵⁶ Conforme o dicionário etimológico Antônio Geraldo da Cunha, a palavra *cânnon* (ou cânone) vem do grego (*kanon*), que significa regra geral da qual se extraem regras especiais (CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 148). Vale deixar claro: neste capítulo, como já deve soar ao leitor, o uso da expressão *cânones da indelegabilidade* não tem uma conotação religiosa (por remissão ao direito canônico), mas apenas de parâmetro de medida, ou de regra geral, tal como indica a origem da palavra.

⁸⁵⁷ Sobre o uso da tópica na interpretação constitucional, v.: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 127 e seguintes.

específica. Tal é decorrência direta do elemento gramatical de interpretação: ponto de partida e limite para a interpretação do direito. O intérprete não pode ignorar o texto legal ou constitucional, tampouco alterar o significado das palavras e o sentido que formam quando reunidas⁸⁵⁸. O sentido gramatical, segundo Ferrara, é “*o conteúdo possível da lei*”⁸⁵⁹, é limite para a criatividade do aplicador do direito, o que não quer dizer que a atividade hermenêutica deva se esgotar na literalidade⁸⁶⁰, daí a importância dos outros métodos.

Assim, se há reserva específica, o legislador deverá dar o pontapé inicial. A ausência desse primeiro passo no Parlamento é um indício de usurpação. Ocorre que os dispositivos constitucionais não indicam o teor de densidade normativa necessário, como explicado acima. Por vezes, até determina fins (reserva qualificada), mas não oferece um norte sobre o nível de especificação exigível.

Nesses casos, é viável a utilização dos elementos sistemático, finalístico ou mesmo histórico de interpretação. Todavia, conforme Luís Roberto Barroso, tais métodos clássicos, embora necessários, não são suficientes para a hermenêutica constitucional⁸⁶¹. A Constituição traz desafios próprios e demanda outras ferramentas. É o que vislumbramos para o exame da validade jurídica das delegações. Até mesmo porque, ainda que inexista reserva específica de lei, em muitos casos haverá boas razões para que se defenda a imprescindibilidade de uma primeira previsão legal antes do exercício regulamentar. É o que ocorre quanto a restrições severas a direitos fundamentais.

3.8.2 Direitos fundamentais.

Entendemos que, *quanto maior a possibilidade de que o regulamento restrinja severamente direitos fundamentais, mais se poderá exigir do legislador, que deverá ser mais claro nos seus propósitos, ainda que delegue alguma parcela decisória ao agente público. A restrição a direitos deve integrar o custo do processo legislativo, o que é essencial para a contenção do arbítrio. No âmbito do direito penal, em que está em jogo a liberdade ambulatorial, faz todo sentido que se demande mais do Congresso Nacional, tal como já*

⁸⁵⁸ É que toda norma jurídica “*tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto*” (cfr. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 281).

⁸⁵⁹ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*, 2ª ed. (trad. Manuel A. D. de Andrade), Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 138.

⁸⁶⁰ Francesco Ferrara. *Op.cit.*, p. 128.

⁸⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. Para uma crítica: SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in *Interpretação constitucional*, org. por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-145.

aponta o art. 5º, XXXIX da Constituição. As condutas passíveis de pena restritiva de liberdade precisam ser desenhadas em lei, que deve ser clara e anterior à prática dos atos. Pode-se dizer, nesse sentido, que o legislador deve fixar as ações passíveis de punição pela *ultima ratio*. O Parlamento deve estabelecer os *verbos*. Esse é um nível de especificidade exigível constitucionalmente e um espaço da lei pelo qual se deve lutar. O legislador não pode transferir a definição desses *verbos* (*i.e.* das condutas) pelo regulamento, embora possa delegar alguma especificação técnica necessária, como no caso das leis penais em branco.

No Direito Administrativo, a reserva específica de lei para a proibição do exercício de atividade econômica é um exemplo em que o parâmetro da intensidade da restrição a direitos fundamentais pode ter um papel importante. Por força do art. 170, parágrafo único, além de o legislador precisar dar o primeiro passo, a depender da intensidade da restrição a ser fixada, pode-se exigir mais detalhamento legislativo. A regulação ampla de atividades econômicas é passível de delegação, tal como ocorre com o modelo das agências reguladoras. Todavia, a decisão sobre o banimento de uma atividade econômica, por exemplo, pela sua gravidade, reclama maior detalhamento. O legislador precisa, primeiro, ser claro no seu intento. Não pode haver dúvida de que ele está autorizando o exercício de atividade regulamentar que implique ablação de atividade econômica. Vale dizer: é preciso que a decisão de delegar seja efetiva, ou ao menos, virtualmente, deliberada na assembleia formada por pessoas com visões de mundo diferentes. Além disso, é importante que o legislador estabeleça alguns parâmetros, ou algum nível de processualização antes que medidas extremadas como essa seja implementada.

3.8.3 Tecnicidade.

Quanto mais técnica a questão envolvida, menor detalhamento será exigível do legislador. Isto é: o teor de tecnicidade da matéria autoriza a expansão do poder regulamentar. Esse *standard* já é extraível tanto da literatura⁸⁶², quanto da jurisprudência do STF, como no caso do SAT, ou mesmo das leis penais em branco, citados acima⁸⁶³. Reconhece-se que os elementos que demandem *expertise* são mais bem definidos pela Administração Pública especializada. Esse é o campo, por excelência, do poder regulamentar do Estado regulador,

⁸⁶² V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 227.

⁸⁶³ V. item IV, na primeira parte.

em que o argumento sobre as capacidades institucionais envolvidas⁸⁶⁴, ainda que passível de crítica⁸⁶⁵, ganha força.

A Administração Pública, naturalmente, terá melhores condições para especificações técnicas. Além disso, permitir maior possibilidade de delegação em casos que demandem particularizações técnicas vai muitas vezes ao encontro dos incentivos existentes no Congresso Nacional. Como se disse acima, os parlamentares tendem a evitar assuntos complexos que dificilmente serão do seu conhecimento ou que não trarão dividendos eleitorais⁸⁶⁶. Com isso, acaba delegando, com o que são diminuídos custos de coalizão, que seriam altíssimos em casos desse tipo.

É mais condizente com a democracia e com a promoção de direitos fundamentais deixar que tais questões sejam apreciadas pelo Administrador. Os órgãos administrativos terão mais condições de, sem os custos do processo legislativo, alinhar marcos regulatórios à vontade majoritária, sob algum nível de liderança presidencial, ou, ao menos, ter mais condições de eleger as melhores técnicas capazes de promover mais direitos, como pode ocorrer na regulamentação de serviços públicos, por exemplo.

É interessante notar que a *expertise* contribui para a promoção de direitos não apenas porque coloca a ciência a favor da política, mas porque, também, implica profissionalização burocrática, a qual será tendencialmente mais imparcial que os órgãos políticos. Esse é o raciocínio de Bruce Ackerman, para quem “*as leis democráticas permanecerão puramente simbólicas caso as cortes e os órgãos administrativos não sejam capazes de implementá-las de uma maneira relativamente imparcial*”⁸⁶⁷, o que se desdobra em especialização e institucionalização burocráticas. A promoção de direitos e uma democracia funcional e legítima demandam um governo que saiba o que está fazendo.

⁸⁶⁴ V. voto do Min. Luiz Fux no julgamento do referendo da medida cautelar na ADPF n° 309, em que se sublinhou a competência do Ministério das Comunicações para definir cronograma para implementação de audiodescrição. Audiodescrição é o processo de narração oculta, acionada pela tecla SAP do televisor, que descreve, nos intervalos das falas, o contexto da cena. A ideia é permitir que portadores de deficiência visual possam compreender a narrativa de forma completa.

⁸⁶⁵ ARGUELHES, Diego Werneck, e LEAL, Fernando. “O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo”, in *Revista Direito, Estado e sociedade* (PUC-Rio), vol. 38, 2011, pp. 6-50.

⁸⁶⁶ V. EPSTEIN, David e O’HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

⁸⁶⁷ ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 640.

3.8.4 Processualidade.

Em quarto lugar, entendemos que *quanto maior a processualidade exigida para o exercício do poder regulamentar, menor será a necessidade de detalhamento legislativo*. Como explicado acima, o processo administrativo é um grande trunfo que o legislador possui para dirigir a vontade administrativa a fins democráticos. Por meio do processo incrementa-se a participação, possibilita-se a consideração de pontos de vista diversos e legitima-se a ação governamental.

Ainda que grupos de interesse bem organizados sejam notoriamente os participantes mais ativos quando da abertura do itinerário decisório da Administração, o fato é que o simples fato de abrir e procedimentalizar já facilita o controle. Até mesmo porque, grupos de interesse agirão com ou sem processo administrativo. Melhor que isso aconteça com a transparência trazida pela processualidade.

3.8.5 Controlabilidade.

Em quinto lugar, entendemos que *quanto mais robustos forem os possíveis meios de controle e supervisão, inclusive legislativos, menor será a necessidade de especificações, e mais alargada será a possibilidade de delegação legislativa*. Segundo Posner e Vermeule, a *accountability não é perdida pela delegação, mas antes transformada*⁸⁶⁸.

É claro que todo regulamento é passível de controle em diversos níveis. É importante que seja assim. O Congresso continua fiscalizando a Administração. Na verdade, o Congresso pode rever a delegação editando nova lei, ou mesmo se valendo do art. 49, V, da Constituição, conforme explicado acima⁸⁶⁹. O Poder Judiciário igualmente, por conta de um ampliado acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), atua como fiscal constante, o que é digno de nota ao ponto de preocupar para os riscos de efeitos sistêmicos das decisões judiciais. O mesmo se diga das Cortes de Contas, órgãos policiais e o Ministério Público. Toda essa rede de controles é fundamental e permanente.

Mas o legislador pode fortalecer esse quadro. Pode, por exemplo, sujeitar decisões regulamentares à supervisão de entes específicos, ou à manifestação obrigatória dos órgãos de advocacia pública (Advocacia-Geral da União, Procuradorias-Gerais dos Estados e dos

⁸⁶⁸ POSNER, Eric e VERMEULE, Adrian. “Interring the nondelegation doctrine”, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, nº 4, 2002, p. 1.749. Segundo os autores: “*To show that delegation has reduced accountability, one must provide a more particular kind of evidence, namely, that the agency regulates against the interests of Congress and the public or the interests groups that have influence with Congress, and that Congress does not attempt to discipline the agency*” (op. cit., p. 1753).

⁸⁶⁹ V. item XVII.

Municípios)⁸⁷⁰. Conforme esse tipo de controle é incrementado e passa a integrar o processo administrativo, maior será o conforto para que se delegue e haverá menores chances de arbítrio. Vale dizer: quanto mais especificações de controle são feitas pela lei, mais legitimada estará a delegação legislativa. O poder é um Proteu que muda constantemente⁸⁷¹. O fundamental é que se lhe desenhem meios de controle e que ele seja exercido numa dinâmica institucional realista e dialógica⁸⁷².

Registre-se, por fim, que não defendemos um modelo de conflagração institucional, que tem patologias graves de legitimidade e prováveis resultados negativos quando considerados os seus efeitos sistêmicos e os novos custos de transação inerentes ao próprio exercício da supervisão entre os Poderes. Não é por meio do controle que se governa. Não é o controlador que administra o País. Nem sempre ele terá legitimidade, conhecimento e tempo para isso. Nessa toada, o mais importante quanto aos meios de controle não é o seu efetivo uso, mas o que a teoria dos jogos chamou de *ameaça crível* (*credible threat*)⁸⁷³. O fato de saber que pode haver controle já tem efeito dissuasório e isso é até mais importante para o desenvolvimento institucional que o próprio exercício do controle em si, que pode trazer outras dificuldades. Isso vale tanto para o art. 49, V, CRFB, quanto para as outras formas de supervisão entre os Poderes no Brasil⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ Sobre o importante papel da advocacia pública no controle interno da Administração Pública, v.: BINENBOJM, Gustavo. “A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito do Estado, v. 31, 2012, pp. p. 1-7; SOUTO, Marcos Juruena Villela. “O Papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração”. Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, n. 1, 2005, pp. p. 28-44; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito”. In *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 4, n. 4, 2005, pp. 36-65.

⁸⁷¹ “O poder politicamente relevante constitui-se em numerosos setores e surge – dentro e fora da organização do Estado – como um Proteu, sempre sob novas formas. Por este motivo, também se coloca a tarefa do seu controle e da sua limitação em múltiplos domínios e de formas sempre novas.” ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3 ed. Tradução da 12. ed. alemã de 1994 por Karin Praefke Aires Coutinho, coordenação de José J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 401.

⁸⁷² MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 160.

⁸⁷³ Não se trata de um aviso, mas de um comprometimento de que a ameaça será efetivada a depender da ação praticada por um dos participantes do jogo. Trata-se de uma ameaça que não se deseja realizar, pois ela também envolve custos e externalidades negativas. Mas seus efeitos são claros. A teoria das ameaças críveis foi muito utilizada para compreender o comportamento internacional durante a Guerra Fria. A estratégia envolvia não o uso da força, mas a sua potencial utilização. Ninguém queria usar suas bombas atômicas. A propósito, v.: SCHELLING, Thomas C.. *The strategy of conflict*, Pikle Partners Publishing, 2015, Kindle Edition (versão eletrônica). A obra foi publicada originalmente em 1960.

⁸⁷⁴ Utilizando a teoria dos jogos para a análise da interação entre os Poderes na literatura jurídica brasileira, v. DERBLI, Felipe. “Interações estratégicas entre os poderes no controle de constitucionalidade: aplicações da teoria dos jogos nos diálogos constitucionais”, in *Direito Público*, org.: Rodrigo Brandão e Patrícia Baptista, (Vol. 8 da Coleção 80 anos Direito UERJ), Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015.

CONCLUSÃO

“The great enemy of truth is very often not the lie – deliberate, contrived and dishonest – but the myth – persistent, persuasive and unrealistic.”
*John F. Kennedy - Commencement Address at Yale University, June 11 1962*⁸⁷⁵

A democracia brasileira está num momento de transformação inédito. Crenças são revistas. Ilusões são deixadas de lado. Mitos são sepultados. Entramos, pela primeira vez, na puberdade democrática. Nessa fase da vida, é preciso amadurecer e deixar idealizações de lado. Nossos pais não são perfeitos. Nós não somos quem gostaríamos de ser. As instituições criadas pela Constituição de 1988, embora tenham nos proporcionado o maior período de estabilidade democrática já vivida no Brasil, têm problemas graves.

O Direito Administrativo brasileiro, mais antigo que a democracia, precisa entender esse processo. Ele deve saber que tem limites diante da realidade e que pode sugerir coisas que agravem os problemas que pretenda resolver. Conquanto não deva deixar de prescrever soluções e propor avanços, o administrativista necessita aprender a fazer diagnósticos baseados em anamnésias mais realistas. Tal foi a proposta desta tese, i.e., situar o princípio da indelegabilidade na interseção entre política descritiva e direito, para propor soluções de aperfeiçoamento institucional consciente de que não há modelo ideal, mas uma constante dinâmica de melhorias e revisões, com as ferramentas que possuímos, e dentro das regras do jogo democrático delineado a partir da Constituição.

O nosso itinerário foi percorrido numa postura de *juridicidade pragmática*, em que se rejeitou a visão fundacionalista de indelegabilidade normativa, considerando o contexto e os incentivos do presidencialismo de coalizão, ao passo em que buscamos, com nossas propostas, melhores resultados (ou consequências) para a própria democracia e outros valores constitucionais.

Ao longo do trabalho, procuramos deixar claras as nossas conclusões. Todavia, é útil – e pragmático – esquematizar enunciados objetivos que aglutinem essas ideias. É o que se passa a fazer.

⁸⁷⁵ Disponível em <http://www.jfklibrary.org/Research/Research-Aids/Ready-Reference/Kennedy-Library-Fast-Facts/Yale-University-Commencement-Address.aspx>, acesso em 24.10.2015.

a) Proposições objetivas

(i) O princípio geral de indelegabilidade surge no pensamento de John Locke, que entende que o parlamentar recebe o mandato do povo para fazer leis, não para criar novos legisladores. Desde então, tal ideia espalhou-se no mundo juntamente com seus três pilares básicos: o Estado de Direito, a separação de Poderes e a democracia, os quais se consolidam com o constitucionalismo.

(ii) O princípio da legalidade administrativa, enquanto vinculação do Administrador Público ao Poder Legislativo, é decorrência da noção de Estado de Direito. Uma sociedade civilizada não é governada por homens, mas por leis. Na legalidade são depositadas as esperanças de que o Administrador Público não inovará na ordem jurídica, exigindo-se, na outra ponta, que o legislador não delegue suas atribuições criativas ao agente administrativo. O Estado de Direito, nessa linha, fracassará se o legislador for capaz de transferir seu mandato exclusivo a terceiros. O raciocínio é direto: se a delegação fosse possível, aquele que exerce autoridade deixaria de se subordinar ao direito e passaria a se sujeitar à sua própria vontade; às suas próprias regras. A partir daí, não custou para que se passasse a sustentar que a ação administrativa deve ser mecânica, uma mera aplicação da lei de ofício.

(iii) O princípio da legalidade foi abalado pela crise da lei formal. A lei foi cúmplice da barbárie, e a atividade do Administrador, notadamente após o advento do Estado de bem estar social, deixou de ser a mera aplicação da lei de ofício.

(iv) Administrar é também regular as relações econômicas e sociais. É, por exemplo: (i) planejar e desenhar marcos regulatórios; (ii) fiscalizar e dialogar com os agentes regulados e com os cidadãos interessados, para que se busquem formas mais eficientes de proteger direitos e de permitir o desenvolvimento de atividades econômicas; é também (iii) julgar possíveis infrações cometidas por particulares ou por agentes regulados, garantindo direitos relacionados ao devido processo legal (v. Lei nº 9.784/99). Isso sem mencionar o aspecto prestacional e positivo, inseparável da função administrativa contemporânea, do que decorre que administrar abrange (iv) a oferta de inúmeros serviços públicos, quer por meio de delegação a particulares, quer diretamente (art. 175, CRFB); bem como (v) atividades de fomento.

(v) Ao passo em que a legalidade descia do seu pedestal, o constitucionalismo decolava como a proposta possível para a retomada do projeto iluminista do Estado de Direito. O constitucionalismo foi a grande resposta à insatisfação com a lei. O caminho traçado foi o de se passar a delimitar a legalidade na Constituição. Ganhou força a ideia de que a legalidade administrativa deva ser substituída por uma noção mais abrangente, a que se denominou princípio da juridicidade.

(vi) A doutrina da juridicidade almeja, sem se afastar por completo a importância da lei formal, reconduzir a ação administrativa a um labor fundado diretamente na Constituição. O Direito Administrativo, constitucionalizado, admite que a Administração Pública crie normas jurídicas legitimadas diretamente pela Lei Maior.

(vii) Nesse contexto de ideias, ganha força uma noção principiológica de legalidade. A vinculação administrativa à Constituição se operacionaliza tanto na aplicação direta de regras claras do Texto Maior, quanto por meio do resultado do sopesamento entre os seus variados princípios. O método primordial eleito para essa tarefa foi o postulado da proporcionalidade, que exige a análise sucessiva dos seus três elementos: a adequação; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A vontade administrativa, nesse cenário, torna-se, também, um produto da ponderação entre os princípios constitucionais aplicáveis diretamente pela Administração Pública.

(viii) Por outro lado, deve-se ter o cuidado de não se substituir o mito liberal da lei pelo mito da Constituição. O dever de ponderar os princípios constitucionais em jogo se, de um lado, contribui para racionalizar o processo de tomada de decisão, de outro, não afasta a circunstância de que a aplicação do postulado da proporcionalidade pode gerar mais de um resultado válido e conferir mais liberdade ao agente, ou mesmo arbitrariedades. A exigência de lei acaba sendo mitigada em razão de outros princípios. E aquilo que vier a ser delegado com uma amplitude definida pela dicção legal (muitas vezes de textura maleável) é ainda mais flexibilizado pelas muitas possibilidades ponderativas oferecidas pela Constituição.

(ix) Além disso, a substituição do paradigma de legalidade para o de constitucionalidade, se, de uma banda, torna menos rígida a vinculação administrativa, de outra, acaba por

transferir poderes efetivos aos Juízes, podendo gerar excesso de subjetivismo judicial. Sim, porque será o Poder Judiciário o *locus* em que a Constituição poderá ser reinterpretada e a vontade administrativa reconsiderada em face de mais um juízo de proporcionalidade. E aqui se tem uma delegação muito mais problemática, pois, se a Administração Pública não possui o mesmo substrato democrático do Parlamento, o Poder Judiciário, por definição, deve estar ainda mais longe das vontades eleitorais. Isso sem mencionar que o Poder Judiciário não detém as mesmas capacidades técnicas da Administração Pública.

(x) Em suma, a consagração do princípio da juridicidade, a despeito de possuir o mérito de atualizar o projeto do Estado de Direito entre os administrativistas, implica o fortalecimento do papel do Poder Judiciário na revisão dos atos administrativos e das delegações legislativas. Daí que o discurso de legitimação do Direito Administrativo pela vinculação à Constituição acaba sendo um instrumento de reforço substancial da capacidade de controle da Administração Pública por juízes não eleitos e sem conhecimento técnico.

(xi) Há de se encontrar, assim, além de caminhos para se mitigar o problema das dificuldades relativas às capacidades institucionais, formas de valorização da lei formal e de sua compreensão na dinâmica do presidencialismo brasileiro. É preciso buscar a dignidade da legislação das nossas possibilidades, o que implica, para nós, recolocar a lei num papel não sagrado, mas pragmatista.

(xii) A ideia de separação de Poderes surgiu no pensamento iluminista e trilhou dois caminhos. O primeiro, na Europa, em que, tal doutrina expandiu-se dentro de uma solução, modo geral, compromissória entre o rei e o povo (i.e. eleitores), com a consolidação de um princípio firme de supremacia do Parlamento. O rei se sujeitava à lei formal, invólucro possível da vontade geral a que aludiu Rousseau, acima da qual não há qualquer poder.

(xiii) O segundo caminho da separação de Poderes foi trilhado nos Estados Unidos da América. Com inspiração nas ideias de James Madison, segundo o qual “[A]mbition must be made to counteract ambition” (Federalista n. 51), desenhou-se um modelo de controle entre as instituições, com um Poder Judiciário independente e um Poder Executivo mais forte, porque calcado em legitimidade democrática permitida pelo Presidencialismo.

(xiv) A doutrina da separação de Poderes merece revisão constante. Destacamos que os teóricos da separação de Poderes não imaginaram seus modelos para a realidade partidária que acabou se desenvolvendo e para a complexidade trazida pelo presidencialismo brasileiro. O processo de formação de consensos no Brasil implica percepções renovadas sobre o princípio da separação de Poderes, para que ele continue sendo um instrumento eficaz de contenção do poder e para o bom funcionamento da democracia. E nesse processo, podem estar abrangidas algumas formas de delegações. Até mesmo porque, o Poder Executivo ocupa uma posição de liderança impensável aos iluministas, ganhando, inclusive, funções de criação do direito.

(xv) O plano de subordinação da Administração Pública ao direito também se relaciona com a ideia de que a base normativa dessa vinculação seja democrática. Nas democracias representativas, isso significa que essa vontade deva decorrer da vontade do Parlamento. Nesse sentido, a legalidade é também o projeto de controle da Administração Pública à vontade política por meio do processo legislativo, ponto de partida concreto da legitimação do agir administrativo, que, no regime democrático brasileiro, carece de suporte direto no sistema representativo. Daí as teses contrárias à delegação legislativa. Como consagrado no pensamento tradicional, são os legisladores, e não os burocratas, os representantes do povo. Partindo dessa visão, as delegações distorcem a *accountability* eleitoral e prejudicam a já cambaleante representatividade das instituições políticas brasileiras.

(xvii) Há equívocos básicos na concepção de democracia representativa como impeditivo das delegações legislativas. *Primeiro*: o conceito de delegação legislativa não se confunde com o de delegação criado pelo direito privado. O mandato dos agentes eleitos é, em princípio, livre e não vinculado à vontade dos seus mandantes. O limite efetivo da delegação não se encontra nas mãos do delegatário, mas na Constituição, dentro da dinâmica com os poderes eleitos. *Segundo*, a representatividade depositada no Parlamento, se um dia teve o escopo primordial de legitimar o governo por meio de leis, hoje se volta a um discurso de legitimação por meio do controle. *Terceiro*: o problema delegação-representação desconsidera os mecanismos de incremento da legitimidade democrática da Administração Pública, que vai desde a eleição do Presidente da República que ocupa posição central na gestão da máquina administrativa brasileira (art. 84, II, CRFB), até os meios de participação popular direta nas decisões administrativas, com procedimentalização e incremento de canais de comunicação entre burocratas e a população interessada. *Quarto*: as delegações legislativas quando

analisadas diante do funcionamento do presidencialismo de coalizão podem ser entendidas como um mecanismo de diminuição de custos de transação, alinhamento democrático e aperfeiçoamento da democracia.

(xviii) A doutrina da indelegabilidade teve um desenvolvimento interessante nos EUA. Naquele país – o que parece válido para o Brasil – seu escopo básico é o de tornar compulsório o processo deliberativo no Parlamento antes que escolhas importantes sejam feitas de maneira unilateral. A *nondelegation doctrine* foi usada apenas duas vezes como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de leis nos Estados Unidos. Ambas em 1935, no auge da Era Lochner. Há literatura significativa que sustenta que a doutrina morreu. Sem embargo, a doutrina parece que ainda vive sob a forma de cânones (*standards*). Trata-se de catalizadores de deliberação para questões essenciais. Não é possível, em ilustração a merecer destaque, que o Congresso deixe ampla margem de discricionariedade para o Poder Executivo em questões constitucionais sensíveis. Deve haver, no mínimo, parâmetros inteligíveis.

(xix) No Brasil, durante a vigência de todas as Constituições, com exceção do hiato da Carta de 1937, entendeu-se que as delegações legislativas eram inconstitucionais. Na Constituição de 1988, o princípio geral de indelegabilidade decorre: do princípio da legalidade (art. 5º, II; e art. 37, caput, CRFB), da cláusula do Estado de Direito (art. 1º, CRFB), da separação de Poderes (art. 2º, CRFB), do art. 25, ADCT, bem como da previsão constitucional das leis delegadas (art. 68), a qual, a *contrario sensu* excluiria outras formas de delegação.

(xx) De um modo geral, põe-se uma carga negativa muito grande no uso da palavra delegação. Os anos de ditadura e de Administração Pública autoritária são uma explicação para tal postura, o que acabou se refletindo no art. 25, ADCT. O constituinte quis fortalecer o Congresso, e um dos caminhos tomados foi o de desfazer as delegações pretéritas. Por conta disso, tanto a literatura especializada, quanto a jurisprudência fazem um esforço conceitual para diferenciar casos em que se teria uma delegação normativa indevida e outros casos em que se tem regular exercício de poder regulamentar.

(xxi) A teoria jurídica da indelegabilidade brasileira mistura-se com a teoria do regulamento, que vem acompanhada de certa aversão aos denominados regulamentos delegados ou autorizados, figuras inconcebíveis perante a Constituição. Em termos práticos,

todavia, o que se percebe é que, quando se pretende insuflar de validade um dado exercício de poder normativo externo ao Poder Legislativo, argumenta-se que ele é fruto do legítimo exercício do poder regulamentar. Por outro lado, quando se almeja rejeitar e invalidar tais regulamentos, diz-se que os mesmos ocorrem no âmbito de uma delegação inconstitucional. Em geral, há argumentos fortes dos dois lados.

(xxiii) Dizer simplesmente que a delegação não se confunde com exercício de poder regulamentar não ajuda. É preciso modificar essa forma de entender a questão e enfrentar delegações e regulamentos como técnicas de transferência de capacidades normativas, que, portanto, devem ser estudados em conjunto.

(xxiv) As delegações legislativas não se exaurem na figura, pouco utilizada, da lei delegada, prevista no art. 68 da Constituição. Especificamente, entendemos que todo regulamento é, em alguma medida, espécie de delegação, havendo muito mais incentivo ao seu uso, do que a figura do art. 68, que tende a permanecer desimportante.

(xxv) Regulamento é a norma jurídica destinada a regular situações gerais e abstratas no âmbito da competência outorgada pela Constituição, em regra, ao chefe do Poder Executivo, para o desenvolvimento ou execução das leis, ou para o exercício de competências diretamente delimitadas pela Lei Fundamental, em caráter reservado ou concorrente. Trata-se da mais corriqueira fonte do Direito Administrativo atual, a qual se expande não apenas quantitativa, mas qualitativamente.

(xxvi) Os regulamentos de execução estão previstos no art. 84, IV da Constituição. A possibilidade de aplicar a lei por meio de regulamentação é aspecto inerente ao Poder Executivo. O que varia, porém, é a intensidade, ou o grau da amplitude daquilo que se entende por execução. De um lado, há literatura que sustenta, em *postura de combate*. Assim, qualquer alargamento da atividade criativa da Administração Pública seria inconstitucional. Para essa linha de pensamento, o regulamento de execução estrita seria a única espécie legítima de ação complementar da lei pelo Poder Executivo no direito brasileiro. Trata-se de um regulamento que pressupõe lei prévia, a qual será o objeto de sua mera assistência.

(xxviii) A rejeição à criatividade regulamentar na sequência da edição da Constituição de 1988 pode ser vista como um resquício do medo de um poder sem legitimidade e controle

democráticos. Faz todo sentido que uma das citações mais repetida pelos advogados da legalidade administrativa estrita no Brasil tenha sido veiculada na obra de Miguel Seabra Fagundes em 1941, no auge do Estado Novo. A ideia de que administrar é aplicar a lei de ofício tornou-se o slogan de valorização de um Congresso Nacional cujas portas estavam fechadas. Era preciso resgatar o Parlamento das trevas do autoritarismo.

(xxix) Em 2015, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil não é mais o mesmo. O Poder Executivo é instituição dotada de significativa legitimidade democrática, por conta de um sufrágio nacional, do controle intenso dos órgãos políticos e jurídicos, bem como do próprio controle social, permitido por um ambiente inédito de liberdade de expressão. O mesmo se diga da Administração Pública, que se procedimentalizou e ganhou novos mecanismos de controle, supervisão pelos órgãos eleitos, participação e transparência. O Administrador de hoje não é, por definição, o déspota que se precisava combater nos períodos autocráticos. A ação administrativa, cada vez mais se afasta de um superado e autoritário conceito de ato administrativo autorreferenciado. O processo e a motivação ganham força e se tornam elementos de justificação do agir administrativo.

(xxx) Além disso, a experiência mostrou que uma concepção por demais estreita de regulamento é simplesmente irreal. O conceito de execução da lei alargou-se. A defesa de um conceito amplo de regulamento executivo, mais compatível com a complexidade da sociedade contemporânea, acabou prevalecendo no final do século passado, e se mostrou a resposta adequada para um legislador que cada vez mais se vale de conceitos jurídicos amplos e indeterminados, talvez indispensáveis para que as normas jurídicas se adaptem às realidades muito cambiantes dos dias de hoje.

(xxxi) Num esforço de síntese, os regulamentos de execução são todos aqueles que se destinam a, de alguma forma, executar o que dispõe a lei, sem contrariá-la, ou a complementar o sentido de alguma norma constitucional, diante da inércia legislativa. Tal execução não está cingida à literalidade do texto normativo, mas sim à interpretação criadora do direito em cumprimento e complementação do seu espírito e conteúdo.

(xxxiii) Partindo-se de conceito alargado de execução e delegação, o regulamento *praeter legem* cabe dentro da ideia de aplicação da lei e da Constituição (como ocorre com o CNJ), o que pode, inclusive, implicar criação de algo novo; ou mesmo direitos e obrigações. O

preenchimento de lacunas por regulamento nada mais é que uma manifestação administrativa voltada a aplicar estatutos que não previram, quando deveriam, uma dada situação.

(xxxiv) Regulamentos autônomos são aqueles que têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita uma esfera de conteúdos reservados a tal espécie normativa. Trata-se de um campo material exclusivo no qual o legislador não pode interferir. Tais regulamentos reservados, no Brasil, têm previsão, desde a EC no 32/2001, no art. 84, VI, *a*, CRFB. Faz parte da lógica de um regime estruturado com divisão orgânico-funcional de poderes que existam escolhas que caibam, de forma particular, a cada um deles. Pode-se dizer que é um reflexo da separação de Poderes a existência das chamadas reservas. Entendemos que o regulamento instituído pela EC nº. 32/2001 seja exemplo disso. Criou-se, no Brasil, um domínio do regulamento. Tal modelo, muito longe de atingir o núcleo essencial da separação de Poderes, reforça esse princípio, porquanto o Executivo era o único Poder que não tinha autonomia normativa para a sua própria organização.

(xxxvi) O Supremo Tribunal Federal nunca foi claro para delinear a fronteira entre poder regulamentar e delegações legislativas. A aversão geral ao vocábulo delegação norteia, há muito tempo, os acórdãos da Corte. Aceitam-se regulamentos, ainda que bem alargados, mas são afastadas delegações. Uma repulsa ainda presente na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, de cuja análise se pode concluir que, na verdade, por vezes, trata-se de uma simples questão de nomenclatura, pois inexistente distinção relevante entre o que seja delegação e regulamentação.

(xxxvii) A jurisprudência do STF mostra, ainda, o quanto é difícil extrair de uma norma constitucional que crie uma reserva específica de lei o nível de densidade normativa que se pode exigir do legislador. É preciso que se aprofunde a análise da questão para que se definam critérios. Acreditamos que tais caminhos envolvam a compreensão do processo político. Sem isso, impossível que se construa uma teoria sincera sobre o exercício de capacidades normativas pela Administração Pública.

(xxxviii) Com um olhar pragmático, deve-se reconhecer que, se os valores que inspiraram a legalidade administrativa e a noção de indelegabilidade são onipresentes na formação do Estado de Direito democrático e constitucional, a aplicação desses princípios tem implicações

distintas em face de diagnósticos diversos em contextos diferentes. Sem que se passe pelo *ser*, não é possível uma arquitetura factível do *dever ser*.

(xxxix) Assim como o direito público brasileiro vem dialogando intensamente com a filosofia, propugna-se o colóquio com a ciência política descritiva brasileira. É urgente que o publicista faça propostas para um Brasil de carne e osso. Deve-se trazer da realidade política do presidencialismo de coalizão a contextualização necessária para que se proponham soluções efetivas e adequadas para os problemas relacionados ao exercício de funções normativas pelo Poder Executivo. Um exercício que vem sendo feito no Direito Administrativo dos EUA a partir das teorias das escolhas públicas (*public choice theories*).

(xl) Nessa linha de visão, os indivíduos agirão para incrementar suas próprias utilidades ou vantagens. Isto é, parte-se do paradigma de um *homo economicus*, segundo o qual os agentes públicos e políticos são maximizadores racionais de seus próprios interesses, de acordo com os incentivos estabelecidos pelas regras do jogo. No caso do ambiente político, trata-se de interesses orientados por uma necessidade básica: manter-se no poder, de preferência incrementando-o. Para isso, numa democracia representativa, o político precisará de votos suficientes para ganhar uma eleição, o que demanda uma campanha que, por seu turno, requererá recursos financeiros e apoio político. Assim, os agentes públicos eleitos tenderão a agir com esse foco, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de utilização do orçamento para projetos políticos individuais e a obtenção de mais votos.

(xli) A imagem pessimista da formação da vontade legislativa não significa que sempre seja assim. Há e – espera-se – sempre existirão políticos movidos por interesses justos e altruístas. Todavia, as instituições não podem ser pensadas a partir desse otimismo pautado por argumentos da filosofia abstrata. Carece-se de uma abordagem realista e condizente com o comportamento humano, a qual, mais cética, busque os mesmos valores (republicanos e morais) sem idealizar os gestores públicos e as instituições. As tradições patrimonialistas brasileiras não apontam em sentido diferente.

(xlii) Além de descrever nas virtudes dos agentes públicos, a Escola das Escolhas Públicas também se desanima com a capacidade de formação de um consenso majoritário nas assembleias de legisladores. Tais abordagens, tributárias do Paradoxo de Condorcet e do Teorema de Arrow, questionam se a vontade consolidada em estatutos seria efetivamente o

desejo da maioria. O Teorema de Arrow prova, matematicamente, que escolhas coletivas dificilmente representarão a vontade da maioria, o que traz perplexidades seríssimas ao estudioso do Direito Administrativo. A vontade geral do povo, a partir do Nobel de economia Kenneth J. Arrow, nada mais é que o resultado da condução da agenda de deliberação. As escolhas públicas são resultado do direcionamento dos ciclos de votação, ou, na melhor das hipóteses, do acaso.

(xliii) O cenário esboçado pela Escola da *Public Choice* é de que os mecanismos da democracia representativa possuem problemas agudos. Mas será essa lógica aplicável ao Brasil contemporâneo? A resposta a essas indagações passa pela compreensão do nosso presidencialismo de coalizão.

(xliv) A locução presidencialismo de coalizão designa a realidade em que o desenvolvimento governamental depende do esforço de centralização do processo político na pessoa do Presidente da República. A agenda do governo só é alcançável por meio da construção de alianças no Congresso Nacional após a eleição do Chefe do Poder Executivo. Coalizões que sejam capazes de criar a base de sustentação necessária para a aprovação de leis, medidas provisórias e emendas constitucionais que façam parte do projeto político vitorioso nas eleições majoritárias para a Presidência da República. E isso suscita uma equação complexa em face do sistema partidário e eleitoral brasileiro, o qual tende à fragmentação.

(xlv) É bastante complicado governar o Brasil. Sustentou-se até mesmo que o sistema presidencialista brasileiro pós-1988 não poderia funcionar. Todavia, três descobertas empíricas indicaram um cenário diferente: *primeiro*, viu-se que governos minoritários não estão sempre associados ao fracasso da aprovação da sua agenda no Parlamento; *segundo*, verificou-se que governos advindos de partidos com minoria legislativa não são a causa inelutável de impasses institucionais; e *terceiro*, constatou-se que a fragmentação partidária não leva, em todo caso, a conflitos entre os Poderes. Na verdade, o avesso se mostrou verdadeiro. Com base em dados concretos, constatou-se que a probabilidade de coalizão é aumentada em uma realidade fragmentária com presidentes fortes.

(xlvi) O presidencialismo de coalizão se mostrava viável. O Brasil, outrora visto como à beira de um precipício institucional, tornou-se cobiçado objeto de estudo dos cientistas políticos de vários países, que ansiavam entender como seria possível esse sucesso

surpreendente. E foi assim que o debate desviou o foco para questões relacionadas à dinâmica da formação de coalizões e aos meios de controle, diminuindo-se a preocupação com a investigação sobre a realidade eleitoral e seus efeitos.

(xlvii) A Constituição de 1988, diferentemente da Carta de 1946, proveu a Presidência de República de ferramentas institucionais que permitiram um bom nível de governabilidade, ao mesmo tempo em que garantiu um robusto arranjo institucional de controle com significativa independência (Poder Judiciário, Ministério Público, órgãos internos, Polícia Federal, Tribunais de Contas, etc.). E o modelo deu bons resultados. A democracia brasileira é consolidada, suas instituições são estáveis. O País não ficou parado, tal como ocorreu com o Governo regido pela Constituição de 1946. Apesar de ainda persistirem problemas antigos e de terem surgidos outros, o Brasil evoluiu em vários aspectos econômicos e sociais. A democracia avançou. Essa vitória pode ser explicada, dentre outras razões, no arranjo que permitiu a ascensão do Presidente da República a uma posição central na máquina decisória estatal, afastando uma situação de paralisia, e direcionando as prioridades apontadas nas eleições majoritárias.

(xlviii) O Presidente, no Brasil, controla a agenda do Poder Legislativo e a Administração Pública avança. Quanto a isso parece haver argumentos fortes. O problema é saber: a que custo? E nesse ponto as divergências sobre a percepção da realidade brasileira se acirram. Realmente, a despeito do significativo consenso sobre a existência do presidencialismo de coalizão, ainda há divergência sobre os efeitos e implicações desse sistema. De um lado, há autores que entendem que o modelo gera uma combinação explosiva, criando enormes dificuldades de governabilidade e estabilidade democrática. Para essa linha de pensamento, o Presidencialismo gera tendências de personalização do poder, rigidez excessiva, com impossibilidade de ajuste de rumo diante de um conflito entre Executivo e Legislativo, diminuição de consensos, com sobreposição da vontade majoritária do Presidente.

(xlix) De outro lado, existe literatura sustentando que as ferramentas institucionais disponibilizadas ao Chefe da Administração Pública são capazes de garantir um modelo estável. O sucesso da democracia brasileira seria, assim, fruto de seu arranjo institucional e de uma boa gestão da base de sustentação da agenda do Poder Executivo. Na verdade, pode-se dizer que o sistema político nacional tem tanto aspectos de fragmentação (modelo eleitoral), quanto de centralização (presidencialismo).

(l) O modelo em que se insere a Administração Pública brasileira pressupõe um sistema de trocas e custos. Para governar, o Presidente precisa aprovar leis e emendas constitucionais. Para tanto, numa realidade partidária naturalmente fragmentária, ele deve negociar com o Congresso, liberar emendas, fazer concessões e criar um gabinete alargado, tomando cuidado para não gerar impasse. Um governo de leis pressupõe essa dinâmica. É um custo da democracia e do Estado de Direito.

(li) Nesse sentido, a legalidade administrativa tem um custo político e as delegações possuem uma relação direta com essa discussão. Qualquer teoria que propugne o fortalecimento da legalidade, com um discurso firme contra as delegações legislativas, incrementa custos de conhecimento e de alinhamento do Congresso Nacional, com consequências para o funcionamento da democracia brasileira. Quanto mais se exigir do legislador, mais específicas serão as regras e mais amplas e profundas serão as questões a considerar previamente. Haverá maior dispêndio de tempo e de outros recursos para a formação da vontade legislativa. A coalizão será mais tormentosa.

(lii) No que concerne ao tema das delegações, a literatura da ciência política divide-se em duas grandes correntes sobre o exercício das funções normativas pelo Poder Executivo. De um lado, há a chamada teoria da usurpação (ou da ação unilateral), e de outro lado, há a teoria da delegação. A primeira indica uma ação unilateral da Administração Pública. Um *bypass* institucional, para que o Presidente faça suas próprias políticas diretamente. A segunda indica um cenário de diálogo, de cooperação institucional.

(liii) Para a teoria da delegação, que parte do denominado *dilema de agência*, o incremento da capacidade normativa do Poder Executivo é resultado de um cálculo legislativo de diminuição de custos de transação, com busca de melhor proveito eleitoral. Com a delegação, o legislador deixa de se preocupar com o aprofundamento de questões complexas, e ainda pode culpar a Administração Pública se essa promover políticas equivocadas. Para a teoria da usurpação, o que há é uma postura unilateral de um Presidente que se vê refém do Congresso e não consegue implementar sua agenda. Diante do impasse, ele terá muitos incentivos para agir e se valer dos seus poderes superlativos.

(liv) No Brasil, há evidências tanto de processos de delegação, quanto indícios de usurpação. Alguns presidentes mostraram-se grandes beneficiários do processo de delegação consciente e racional das casas legislativas. Todavia, visto em perspectiva, há amostras que apontam no sentido de que, por vezes, o intuito foi mesmo o de ação unilateral e usurpação (em todos os governos).

(lv) É importante ter cautela ao se afirmar, categoricamente, que a realidade do presidencialismo de coalizão brasileiro aponta para cenários de usurpação ou de cooperação. Há mais variáveis que precisam ser estudadas para que se indiquem quais são as verdadeiras patologias que levam ao decretismo. Em todo caso, a ciência política indica que não é o simples fato de o presidente gozar de funções normativas que conduzem ao surgimento de um caudilho. Um presidente forte pode ser benéfico quando suas atribuições são configuradas de uma maneira voltada a encorajar a deliberação e a barganha institucional no processo legislativo, ao invés de simplesmente garantir um processo de substituição da vontade dos legisladores ou o bloqueio da formação de próprias políticas públicas advinda dos parlamentares.

(lvi) O Presidente brasileiro depende do Congresso para implementar sua agenda e precisará negociar com sua base de forma permanente. Por mais poderoso que ele seja – e isso é tido por importante, para que se mitiguem as dificuldades geradas pela fragmentação – as instituições desenhadas pela Constituição de 1988 parecem ter sido capazes de assegurar estabilidade democrática. Notadamente pelas inúmeras possibilidades de controle da ação governamental, que vão muito além da via judiciária.

(lvii) Para os nossos fins, o presidencialismo de coalizão é tomado como um dado. Uma proposta democrática e constitucional que tem feito o Brasil progredir. Não é nosso objetivo defender ou rejeitar o presidencialismo no campo das ideias, mas aceitar que o constituinte optou por esse modelo, posteriormente confirmado em consulta popular. É diante dessa realidade que apresentamos nossa abordagem sobre o poder regulamentar.

(lviii) Propomos uma abordagem de legalidade e de indelegabilidade que denominamos *juridicidade pragmática*. A ideia é inserir e testar a noção de legalidade administrativa, enquanto juridicidade, diante do funcionamento do presidencialismo de coalizão. Nesse contexto, a necessidade de lei passa ser vista como uma exigência de que os custos de

transação (e de coalizão) no Congresso Nacional sejam incrementados. A academia jurídica precisa entender as razões, não somente jurídicas, mas políticas, pelas quais os magistrados, por vezes, deverão impor ao legislador e ao administrador que façam seus trabalhos e lidem com os custos de coalizão.

(lix) Parece-nos que o contexto do presidencialismo de coalizão, o qual indica, muitas vezes, dinâmica de cooperação entre os poderes, contribui fortemente para a transformação da regra da indelegabilidade. A hipótese é de mutação constitucional. E isso se deu tanto por imposição da realidade, quanto pela leitura que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo fizeram dos princípios da legalidade, da separação de Poderes, como também do art. 25, I, ADCT, sem que isso agredisse a letra e o espírito da Constituição.

(lx) A catalisação dessa metamorfose deu-se no bojo da dinâmica de relações construídas entre o Poder Executivo e o Congresso Nacional, na formação de coalizões e no desenvolvimento da agenda indicada pela Presidência da República. O legislador, inserido na realidade do presidencialismo de coalizão, abriu mão de tomar decisões nos mais variados âmbitos, e delegou à Administração Pública funções criativas. Um alargamento que, de modo geral, vem recebendo o consentimento do Supremo Tribunal Federal, a despeito de se vislumbrarem decisões pontuais, em que se reconheceu delegação indevida.

(lxi) Não nos parece, portanto, que do ponto de vista jurídico, haja uma vedação peremptória às delegações. A atividade regulamentar a partir de normas abertas (*leis quadro*) pode ser válida. Para tanto, é preciso que se lhe desenhem meios de legitimação e controle. Eles constituirão a chave para a redefinição do próprio sentido da função normativa do Poder Executivo. Na verdade, o processo de delegações, sem infirmar o regime constitucional, pode contribuir para o seu aperfeiçoamento, com a dinamicidade exigida pelos dias de hoje, ao passo em que aperfeiçoa a democracia, e cria incentivos para que não ocorra usurpação, mas cooperação institucional.

(lxii) O processo de delegações legislativas pode contribuir para o incremento da *accountability* geral do Governo, favorecendo a cidadania a ser canalizada na responsabilidade política pessoal da Presidência da República. A Administração Pública, submetida à liderança presidencial com muitos meios de controle e supervisão, está em posição institucionalmente mais vantajosa para direcionar, de acordo com a posição

majoritária, políticas públicas em espaços deixados em aberto pelo legislador. E isso é viabilizado, justamente, por meio de um modelo de leis que transfiram capacidades normativas ao Chefe da burocracia nacional.

(lxiii) Com efeito, a flexibilidade inerente às leis que atribuem competência normativa ao Poder Executivo abre uma porta para ajuste de políticas públicas sem que se tenha por imprescindível buscar a atuação do Congresso Nacional. O legislador que delegou acaba por permitir que, com reduzido custo político, realinhem-se interesses manifestados democraticamente na próxima eleição majoritária, por intermédio da liderança da figura do Presidente da República, que assume a responsabilidade pelos novos rumos. A legislação ambiental, brasileira, por exemplo, possui espaços de maleabilidade que permitiriam que seu significado fosse completamente diferente no caso de um novo Presidente com uma agenda verde.

(lxiv) Não há, no Brasil, uma Presidência da República autocrática com a qual já se conviveu no passado. Tem-se um Presidente responsivo, com incentivos de coordenação nacional, e – mais importante – preocupado tanto com a própria reeleição (ou a de seus aliados), quanto com a rede de órgãos de investigação e controle. O regime democrático com instituições de controle estabelecidas, combinado com esse papel de liderança, enseja um sistema de incentivos para uma Administração Pública mais efetiva e ao mesmo tempo *accountable* a diversas frentes. O Presidente da República sente nos votos o perigo da inação ou da atuação ineficiente. Ele efetivamente agirá. Mas sabe dos riscos (políticos e jurídicos), o que implica uma atuação com cautela diante dos instrumentos de controle, bem como de cuidado para com políticas que podem ensejar modificação de percepções eleitorais.

(lxv) O Poder Legislativo continua com um papel importante. A submissão ao Parlamento permite que se tempere a vontade majoritária com considerações sobre os interesses de minorias não representadas no Poder Executivo, mas com voz nessa Assembleia. Ainda que a Presidência da República tenha controle sobre o processo legislativo, o sistema de coalizão faz surgir meios para que minorias tenham algum espaço. Com isso, abrem-se outros canais democráticos, criando-se incentivos (que podem ser reforçados pelos meios de controle) para que se exija que um modelo de delegações só será aceitável quando minimamente combinado com um Poder Legislativo vigilante *ex ante* e *ex post*.

(lxvi) Não é democrático que o Parlamento transforme o Administrador num mero aplicador da lei de ofício. É importante que se tenha a sensibilidade de que normas com um grau de vagueza cooperam para incrementar a democracia, estreitando o elo entre a maioria dos eleitores que escolheram um determinado Presidente e que o percebem como seu representante. Aliás, é interessante notar que o eleitor médio brasileiro não se recorda qual foi o seu voto no último sufrágio parlamentar. O mesmo não acontece com a Presidência da República.

(lxvii) Um modelo de legalidade detalhista implica dificuldades para novos governos não só porque dificulta alinhamentos com novas vontades democráticas. A legislação pormenorizada também eleva custos de criação de novas regras e políticas públicas. Legislações dúcteis diminuem desgastes institucionais, podendo reduzir custos de coalizão.

(lxviii) Na verdade, toda atividade estatal envolve custos. No caso da elaboração de normas jurídicas, esses custos podem ser organizados em dois eixos: (i) os custos de conhecimento do assunto relacionado ao estatuto que se pretenda promulgar; e (ii) os custos de transação para alinhamento político das vontades necessárias à sua aprovação. Uma teoria forte de indelegabilidade pode incrementar esses dois conjuntos de custos de forma exponencial, com consequências para o funcionamento da democracia presidencialista brasileira.

(lxix) Além disso, quanto mais especificidade for demandada de uma medida legislativa, mais combustível será oferecido para que grupos de interesse, ou mesmo partidos políticos bem articulados no Congresso Nacional considerem exigir algo (e.g.: cargos e liberações orçamentárias) por sua participação na base de sustentação do governo e no alinhamento com cada detalhe a ser fixado. Isso causa impactos no funcionamento da democracia brasileira, suscitando patologias de coalizão, inclusive, no extremo, casos de corrupção, tal como se deu com o caso do mensalão.

(lxx) Enfim. Existe um potencial democrático real para as delegações no regime presidencialista brasileiro. Isso pode ter boa funcionalidade quando existirem meios de controle, dentre os quais sublinhamos o controle legislativo e a capacidade de sustação de regulamentos abusivos.

(lxxi) O legislador pode exercer importante papel de supervisão dos regulamentos. Além de poder, nos limites de suas competências, editar nova lei reduzindo o espaço da ação normativa da Administração Pública, o Congresso tem em suas mãos um instrumento de controle *a posteriori* com riquíssimo potencial democrático, qual seja aquele do art. 49, V da Constituição. O Congresso Nacional tem competência para sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, V, da Constituição). A delegação pode ser revista dentro das tensões dos órgãos eleitos, o que acaba por redefinir os limites da delegação legislativa.

(lxxii) É da essência do Estado Democrático de Direito o controle recíproco entre os Poderes, o que reforça a possibilidade do controle congressual. Na verdade, a perspectiva aqui é de diálogo institucional. Não há instituição infalível, como inexistente arranjo institucional que garanta sozinho, um regime político justo. Administração Pública, Parlamento e Poder Judiciário cometem erros e a História é testemunha disso. Trata-se de órgãos feitos de homens e mulheres concretos, com seus incentivos e pré-compreensões. Em todo caso, a despeito das imperfeições, melhor que acreditar numa só instituição, é depositar as esperanças de controle na dinâmica e interação entre os Poderes, considerando, concretamente, suas capacidades institucionais.

(lxxiii) O Poder Legislativo nunca foi o ente idealizado na sua origem. Todavia, o pedigree da lei do Parlamento continua sendo fundamental como gatilho de diálogo institucional. A falta do instrumento legislativo pode provocar a ilegitimidade da delegação. A legalidade administrativa é a ferramenta normativa para o ajuste fino da tensão entre os interesses de cada um dos atores do jogo em que o Estado de Direito (real) será promovido. Na Constituição de 1988, inexistente administração pública sem o Poder Legislativo, do que decorre a exigência prática de coalizão e de barganha entre os Poderes. A liberdade sonhada pelo legalismo liberal é promovida num processo de busca do ponto ótimo de custos, para que não haja imobilismo, como aconteceu com o regime de 1946, e para que a democracia não se deteriore em esquema indesejado de trocas excessivas que incentivem corrupção.

(lxxiv) A ação administrativa deve estar vinculada a algum nível de vontade legislativa. Isso pode se dar: (i) substancial, (ii) processual, ou (iii) organizacionalmente. As normas de criação de órgãos, cargos e das mais efetivas atribuições administrativas dependem de um primeiro passo do legislador, que também será o início de um arranjo legítimo de

Administração Pública. Tais regras organizacionais interagem intensamente com as regras procedimentais.

(lxxv) Talvez o mais poderoso meio de vinculação legislativa da ação administrativa atual esteja na criação de ritos, procedimentos e itinerários decisórios. O processo administrativo, tendencialmente multilateral, aberto e com potencial participativo venceu o ato administrativo, unilateral, fechado ao gabinete da autoridade e opaco. O processo deixa de ser um coadjuvante e torna-se um dos eixos centrais da ação administrativa. Ele é a forma genuína de ação pública no Estado Democrático de Direito.

(lxxvi) No âmbito de um poder regulamentar que se expande, a processualidade tem um papel crucial de legitimação. Não se trata apenas de se exigirem consultas e audiências públicas, mas do desenvolvimento de um verdadeiro devido processo regulamentar. Isto é: um conjunto de normas capazes de: (i) criar incentivos para que as decisões administrativas estejam mais próximas dos interesses dos administrados, cujos direitos poderão ser promovidos e protegidos; (ii) incrementar o nível de transparência do processo decisório, o que diminui os incentivos à captura, notadamente com a possibilidade de exposição na mídia; (iii) reduzir as chances de decisões arbitrárias, pois, necessariamente, deverão ser considerados outros pontos de vista; e (iv) incitar o bom uso da *expertise* no processo de tomada de decisão, exigindo-se estudos de impacto das medidas administrativas, com avaliação de custos e benefícios envolvidos.

(lxxvii) O legislador brasileiro explorou muito pouco o potencial do processo como meio de vinculação do Administrador Público. Se a Lei de Processo Administrativo Federal (LPA), por exemplo, instituiu o dever de motivação dos atos administrativos, propugna-se que a lei passe a fazer exigências de que tal exposição das razões administrativas seja precedida, e.g., de análise de impacto regulatório (AIR), quando aplicável. Se a LPA criou a faculdade de que sejam feitas consultas ou audiências públicas (art. 31 e 32), o legislador poderia considerar torná-las obrigatórias no âmbito regulamentar. Ou, que, pelo menos, estabelecesse o dever explícito de justificação das razões pelas quais se optou pela não realização de consulta/audiência pública. Se a Lei nº. 9.784/1999 entendeu ser relevante limitar o prazo para que a Administração Pública anulasse seus próprios atos (art. 54), poderia também considerar o estabelecimento de normas que obrigassem o administrador a rever seus

regulamentos e marcos regulatórios de tempos em tempos, ou mesmo que fixasse prazos de validade para algumas medidas mais restritivas.

(lxxviii) A processualidade mitiga o problema de agência, pois não se questiona diretamente se a vontade dos representantes eleitos será observada pelos administradores, mas apenas se espera que o rito seja seguido. Além disso, o processo é mais facilmente controlável por juízes e órgãos de fiscalização.

(lxxix) O processo não deve ser idealizado. Não se defende aqui o fetiche da forma sobre o conteúdo. O processo pode ser kafkiano, teratológico, causar injustiças. Assim, além da preocupação com o aperfeiçoamento das etapas do processo, com a criação de meios de controle, formas de deliberação e revisão, deve-se ter a cautela de que sejam fixados os fins processuais pelas leis de ritos, bem como que haja a definição, em algum nível, da substância do direito a ser aplicado pela Administração Pública. A vinculação positiva à matéria legislativa ainda é um pressuposto do Direito Administrativo. O desafio é saber o grau dessa vinculação substancial.

(lxxx) *Administrar é criar a partir das leis*, ainda que de baixa densidade normativa, ainda que leis quadro, ou mesmo, em alguns casos, meramente habilitadoras de competência. A defesa de uma legalidade exauriente no Direito Administrativo é ilusória e impede que se discutam outros meios de efetivamente conter o arbítrio, tais como a processualização alargada e a instituição de meios de controle.

(lxxxii) Demandar do legislador que ele aja como um filósofo iluminista, ou um integrante da escola da exegese é fazer naufragar a legalidade enquanto projeto democrático de contenção do poder. Menos é mais. Em muitos casos, basta ao Congresso a edição de normas substantivas gerais e uma preocupação reforçada em desenhar processos e ferramentas racionais de controle e revisão.

(lxxxii) Uma excessiva reserva de lei não é compatível com as capacidades que a própria Administração Pública tem para aperfeiçoar as escolhas estatais. A delegação pode ser uma boa alternativa institucional para que sejam aproveitadas não só as virtudes técnicas da Administração, como também suas virtudes democráticas.

(lxxxiv) Esta tese oferece cinco critérios objetivos que podem, em conjunto, auxiliar o intérprete no exame de legitimidade das delegações. Trata-se de cânones interpretativos da indelegabilidade no Brasil, cujo significado não é de sacralização, mas de balizamento ou medição preliminar. São eles: (i) a literalidade da norma constitucional que especifique a necessidade de lei; (ii) o critério da intensidade da possível restrição a direito fundamental; (iii) o nível de tecnicidade envolvida; (iv) a processualidade exigida para a edição do ato normativo; e (v) a maior possibilidade de controles por diferentes instituições. Nenhum desses cânones é suficiente sozinho. Trata-se de *standards* que precisam de consideração tópica e implicam o ônus argumentativo daquele que sustentar a invalidade da ação regulamentar.

(lxxxv) **Critério textual:** se a letra da Constituição determinar que um determinado tema deva ser objeto da lei, criou-se aí uma reserva específica. Se há reserva específica, o legislador deverá dar o pontapé inicial. A ausência desse primeiro passo é um indício de usurpação. Ocorre que os dispositivos constitucionais não indicam o teor de densidade normativa necessário. Por vezes, até determina fins (reserva qualificada), mas não oferece um norte sobre o nível de especificação exigível. Nesses casos, é até viável a utilização dos elementos sistemático, finalístico ou mesmo histórico de interpretação. Todavia, isso não basta. A Constituição traz desafios próprios e demanda outras ferramentas. É o que vislumbramos para o exame da validade jurídica das delegações. Até mesmo porque, ainda que inexista reserva específica de lei, em muitos casos haverá boas razões para que se defenda a imprescindibilidade de uma primeira previsão legal antes do exercício regulamentar. É o que ocorre quanto a restrições severas a direitos fundamentais.

(lxxxvi) **Critério da restrição a direitos:** quanto maior a possibilidade de que o regulamento restrinja severamente direitos fundamentais, mais se poderá exigir do legislador, que deverá ser mais claro nos seus propósitos, ainda que delegue alguma parcela decisória ao agente público. A restrição a direitos deve integrar o custo do processo legislativo, o que é essencial para a contenção do arbítrio.

(lxxxvii) **Critério da tecnicidade:** quanto mais técnica a questão envolvida, menor detalhamento será exigível do legislador. Isto é: o teor de tecnicidade da matéria autoriza a expansão do poder regulamentar. A Administração Pública, naturalmente, terá melhores condições para especificações técnicas. Além disso, permitir maior possibilidade de delegação em casos que demandem particularizações técnicas vai, muitas vezes, ao encontro dos

incentivos existentes no Congresso Nacional. Os parlamentares tendem a evitar assuntos complexos que dificilmente serão do seu conhecimento ou que não trarão dividendos eleitorais. Com isso, acaba delegando, com o que são diminuídos custos de coalizão, que seriam altíssimos em casos desse tipo.

(lxxxviii) **Processualidade**: quanto maior a processualidade exigida para o exercício do poder regulamentar, menor será a necessidade de detalhamento legislativo. Como explicado acima, o processo administrativo é um grande trunfo que o legislador possui para dirigir a vontade administrativa a fins democráticos.

(lxxxix) **Controlabilidade**: entendemos que quanto mais robustos forem os possíveis meios de controle e supervisão, inclusive legislativos, menor será a necessidade de especificações e mais alargada poderá ser a porta da delegação. O legislador pode fortalecer os meios de controle, além daqueles já previstos na Constituição. Pode, por exemplo, sujeitar decisões regulamentares à supervisão de entes específicos, ou à manifestação obrigatória dos órgãos de advocacia pública. Conforme esse tipo de controle é incrementado e passa a integrar o processo administrativo, maior será o conforto para que se delegue e haverá menores chances de arbítrio, e mais legitimada estará a delegação legislativa.

(xc) Uma observação final importante. O controle e o processo também implicam novos custos. Mas eles não deixam de ser relevantes. Na verdade, o mais importante quanto aos meios de controle não é o seu efetivo uso, mas o que a teoria dos jogos chamou de *ameaça crível*. O fato de se saber que pode haver controle efetivo tem efeito dissuasório e isso é até mais relevante para o desenvolvimento institucional que o próprio exercício do controle em si, que pode trazer outras dificuldades, custos e efeitos sistêmicos indesejáveis.

b) Encerramento.

O Estado Democrático de Direito só será um plano normativo viável, quando as circunstâncias concretas da democracia brasileira forem enfrentadas pelo estudioso do direito público. Não é a manutenção de mantras dogmáticos que transformam a Administração

Pública, mas o labor constante de se fazer funcionar o aparato do Estado, dentro do regime representativo criado a partir de 1988. Parafrazeando Friedrich Nietzsche, o grande inimigo do Direito Administrativo são suas próprias convicções, as quais, sacrossantas, obnubilam a verdade sobre o Brasil feito de brasileiros concretos: gente movida a paixões e incentivos. Pessoas imperfeitas, e – ainda bem – contraditórias, porque continuam com a esperança e a vontade de acertar e fazer melhor.

Na voz de Sinatra, *the best is yet to come*.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, pp. 5-34, jan.1988.
- ACKERMAN, Bruce. The living constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, jan. 2007.
- _____. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, pp. 633-729, jan. 2000.
- _____. Adeus Montesquieu, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.
- _____. *We The People: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. V.1.
- _____. Beyond carolene products. *Harvard Law Review*, v. 98, fev., p. 713-746, 1985.
- _____. *Reconstructing American law*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_35.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2015.
- ALEGRE, Marcelo. Democracia sin presidentes. In: PODER EJECUTIVO – SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA(SELA), 2006, Buenos Aires. *Seminario...*Buenos Aires: SELA, 2007. p. 3-24.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 219-236.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. V. I.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 529-540.
- AMES, Berry, Electoral Rules, Constituency Pressures, and Pork Barrel: Bases of Voting in the Brazilian Congress. *Journal of Politics*, Chicago, v. 57, n. 2, p. 324-343, 1995.
- AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*. Princeton: Princeton University Press, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 51-64, 2004.

_____. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: BAPTISTA, Patricia; BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Direito Público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015. p. 15-34. (Coleção 80 anos Direito UERJ, v.8).

_____. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 13, 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 06 jul. 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequentialista de decisões judiciais*. 2006. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

_____; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização. Estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

_____; _____. O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ARISTÓTELES. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Kansas: Digireads Publishing, 2005. Book III, Part XV. [E-book].

ARROW, Kenneth Joseph. *Social choice and individual values*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1963.

ATALIBA, Geraldo, Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. *Revista Jurídica da PGM-SP*, n. 2, jun. 1996.

_____, Delegação normativa: limites às competências do CMN e BACEN. *Revista de Direito Público*, v. 24, n. 98, p. 50-69, abr./jun. 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. *Prática do Processo Legislativo*, São Paulo: Atlas, 2001.

BALKIN, Jack. The Top Ten Reasons to be a Legal Pragmatist, 1998. Disponível em: <www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/topprag.htm> . Acesso em: 30 jun. 2015.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARAK, Aharon. *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A ‘Metamorfose’ do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21-57.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, vol. 53, pp. 78-106, 2000.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 4ª ed., 2000.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), post scriptum. In: *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas), In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 165 *et seq.*

_____. Regime jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto no 2.745/98. Parecer. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>. Acesso em 06 dez. 2013.

_____. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que Chegamos*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>, acesso em 14 nov. 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, pp. 1-42, abr./jun. 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRY, Donald D.; WHITCOMB, Howard R.. *The Legal Foundations of Public Administration*, 3ª ed., Lanham: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2005

BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 35, pp. 54-60, jan/jun 1983.

_____. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro W e ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *Why Impeachment? Brazilian Democracy Revisited*. In: *International Journal of Constitutional Law Blog*. Disponível em: www.iconnectblog.com/2015/08/why-impeachment-brazilian-democracy-revisited, acesso em 07 nov. 2015.

BERTRAND, Marianne, e MULLAINATHAN, Sendhil. Agents with and without Principals. In: *The American Economic Review*, v. 90, n. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Twelfth Annual Meeting of the American Economic Association, p. 203-208. 2000.

BIGNAMI, Francesca, From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 59, n. 4, pp. 859-907, ago. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. *Estatais: O Caso da Petrobrás*. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. *Transformações do poder de polícia: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. 412 fls.. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ como requisito parcial para aprovação em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo. 2015.

_____. *Fux e o Direito Administrativo*. In *Consultor Jurídico – CONJUR*, de 25 maio 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-25/voto-luiz-fux-organizacoes-sociais-direito-administrativo>, acesso em 03 nov.2015.

_____. *A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, v. 31, p. 1-7, jul., 2012.

_____ e CYRINO, André Rodrigues. “Entre a política e a expertise: a repartição de competências entre o Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações”, in *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, vol. 04, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral*. Vol. 1, 15. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

_____. *Ciência política*, 10. ed., 9. tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. *Normas abertas e regras no licenciamento ambiental*. 134 fls.. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para a obtenção do título de Mestre. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8375/61080200030.pdf?sequence=1>, acesso em 14 nov. 2013

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direitos fundamentais democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, n° 5, 2008, pp. 89-125. Disponível *on line*. Acesso em 15 jul. 2015, no sítio da internet: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_4.pdf.

BREYER, Stephen. *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

BREYER, Stephen G.; *et al.* *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. 6. ed., [S.l.]: Aspen Publishers, 2006

BUCHANAN, James. *The collected Works of James M. Buchanan*, vol. 13: *Politics as public choice*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

_____ e BRENNAN, Geoffrey. *The reasons for rules. Constitutional political economy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

_____ e _____. Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie. *Virginia Law Review*, v. 74, n° 2, Symposium on the Theory of Public Choice, p. 179-189, fev., 1988.

CALABRESI, Steven G. Some Normative Arguments for the Unitary Executive. *Arkansas Law Review*, vol. 48, n. 23, pp. 24-75, jan. 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra ed., 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra, 2002.

_____. Legislação governamental. In: *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 63-67.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Loi et règlement en droit comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité. In: *Le domaine de la loi et du règlement*, 2. ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, pp. 247-255.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Diários da presidência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, edição eletrônica para o Kindle.

CARVALHO, Márcio André de. How logrolling can explain the failure of the government coalition in Brazil. *RAP (Revista de Administração Pública)*, vol. 40, nº 5, Rio de Janeiro, pp. 865-882, set./out. 2006.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro* (coord. da ed. Espanhola: Alicia Isabel Saavedra-Bazaga), Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2014.

_____. *La crisis del Estado*. Trad. para o espanhol de Pascual Caiella e Juan Gonzáles Moras. Buenos Aires: Abelado Perrot, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: *O Poder normativo das agências reguladoras* (coord.: Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25-73.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. V.I.

CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; e SAIEGH, Sebastian. Government coalitions and legislative success under Presidentialism and Parliamentarism. *British Journal of Political Science*, vol. 34, p. 565-587, set. 2004.

CHEMERINSKY Erwin, *Constitutional Law. Policies and principles*. 3. ed., New York: Aspen, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Presidencialismo de coalizão e administração pública*. Disponível *on line* em www.migalhas.com.br. Acesso em 06 set 2012.

_____. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

COASE, Ronald. *The firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

_____. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar: 2010.

_____. *Crítica ao capitalismo de Estado*. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, 27 jun. 2013, p. A17.

CRAIG, Paul P., *Administrative Law*, 7. ed., Londres: Thompson Sweet and Maxwell, 2012.

DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*, exp. Ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DERBLI, Felipe. Interações estratégicas entre os poderes no controle de constitucionalidade: aplicações da teoria dos jogos nos diálogos constitucionais. *In: Direito Público*, org.: Rodrigo Brandão e Patrícia Baptista, (V. 8 da Coleção 80 anos Direito UERJ), Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015, pp. 177-204.

DEWEY, John. Context and thought. *In: John Dewey – Later works: 1925-1953*, Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008, pp. 3-21.

_____. *The essential Dewey: pragmatism, education, democracy*. V. 1, Indianapolis: Indiana University Press, 1998.

DIVER, Colin S. The optimal precision of administrative rules, *Yale Law Journal*, vol. 93, n. 8, p. 65-109, jul. 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Administrativo*, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

_____ e _____. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

DUARTE, Clenício da Silva. Os regulamentos independentes. *Revista de Direito Público* n. 16, p. 89 et seq, 1971.

DUFF e WHITESIDE, Delegata potestas nono potest delegari; a maxim of American. Constitutional Law, *Cornell Law Quarterly*, v. 14, pp. 168 e ss, fev. 1929.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EHMKE, Horst P.. Delegata Potestas Non Potest Delegari. A Maxim of American Constitutional Law, *Cornell Law Review*, v. 47, pp. 50-60, out. 1961.

EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: An Assessment and Review. *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, p. 57-74, jan. 1989 .

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2. ed., Madrid: Tecnos, 1981.

_____. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid, Cívitas, 1988.

_____. *El principio de la legalidad en la constitucion in reflexiones sobre la ley y los pricipios generales del Derecho*, Madrid: Civitas, 1984.

_____ e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, v. I, 7. ed., Madrid: Civitas, 1995.

EPSTEIN, David e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

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

_____. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário* (atualizado por Gustavo Binenbojm), 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013.

FALCÃO, Joaquim. “Agências reguladoras têm de evitar a judicialização de demandas”. Publicado em *Consultor Jurídico* (CONJUR) de 25 maio 2008, disponível na internet: http://www.conjur.com.br/2008-mai-25/agencias_evitar_judicializacao_demandas.

FALLON, Richard. The Rule of Law' as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, vol. 97, n. 1, p. 1-56, jan. 1997.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11. ed., São Paulo: Globo, 1997.

FARBER, Daniel A. e Frickey, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

FARINA, Cynthia R.. Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State. *Columbia Law Review*, v. 89, p. 452-528, 1989.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004

_____. *A evolução e a mutação do Direito Constitucional francês*. In: Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves ferreira Filho, São Paulo: Dialética, 1999, pp. 211-219.

_____. *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2. ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981.

_____. *Les règlements autonomes existent-ils?*. In : *Mélanges Burdeau*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), pp. 405-420, 1977.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*, 2. ed., trad. Manuel A. D. de Andrade, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos do Poder Executivo*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio, *Regulamento in 3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958*, Revista de Direito Administrativo – RDA, n. 84, p. 24-39, 1966.

_____. *Comentários à Constituição brasileira*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *As medidas provisórias como fonte de insegurança jurídica*. In: *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*, v. 3, 1. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

_____. *Direito administrativo didático*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub de; e LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, pp. 25-32, 2007.

_____. e _____. Mudança Constitucional, Desempenho Legislativo e Consolidação Institucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, p.175-200, 1995.

_____. e _____. *Política orçamentária no presidencialismo de coalizão*, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

FIORINA, Morris P. e NOLL, Roger G. Voters legislators and bureaucracy: institutional design in the public sector. *American economic review, papers and proceedings*, v.68, n. 2, p. 256-260, 1978.

FIGUEIREDO, Rui J. P. de; JACOBI, Tonja e WEINGAST, Barry. The new separation of powers approach to American politics. In: *The Oxford Handbook of political Science* (org: B. Weingast e D. Wittman), 2008, p. 199-221.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues. interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GALVÃO, Paulo Braga. “O ponto de partida do constitucionalismo”. In: *Direito Público*, org.: Rodrigo Brandão e Patrícia Baptista (V. 8 da Coleção 80 anos Direito UERJ), Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015, p. 435-449.

GANZ, Gabriele. Delegated legislation: a necessary evil or a constitutional outrage?, In: *Administrative law facing the future* (ed. Peter Leyland e Terry Woods), Londres: Blackstone Press, 1997, Cap. 3.

GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho administrativo sancionador*, 5. ed.. Madrid: Ed. Tecnos, 2012.

GAROUPA, Nuno e MATHEWS, Jud. Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, n. 1, p. 1-34, 2014.

GASPARINI, Diógenes, *Poder regulamentar*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____, *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1989.

GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia; In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 1-33.

GICQUEL, Jean. *La Constitution de 1958 a quarante ans, question n° 9: Les rapports entre le Parlement et Gouvernement dans la Constitution de 1958*, on line www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q09.htm, 1998. Acesso em 22 ago 2003.

GÉLINAS, Fabien. Book note (sobre a obra de Bogdan Iancu, *Legislative Delegation: The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*). In: *McGill Law Journal, Revue de droit de McGill*, 58:4, p. 1083-1088, 2013.

GLEIBER, Dennis W., e SHULL, Steven A. Presidential Influence in the Policymaking Process. In: *The Western Political Quarterly*, v. 45, n. 2, 1992, pp. 441-467.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, T. 1º, Parte General, 7ª ed., versão on-line in www.gordillo.com, acesso em 19 ago 2003.

GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*, Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905.

GRAU, Eros Roberto. *Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 78, p. 161-166, 1973.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v. 1. 14. ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, (trad. Geraldo de Carvalho), Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Sergio. *Agências reguladoras. Da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, vol. I, 1997.

HALL, Jerome. *Nulla Poena Sine Lege*. *Yale Law Journal*, vol. 47, p. 165-193, dez. 1937.

HALL, Kermit L.. *The Oxford Guide to United States Supreme Court*, Oxford University Press, 2. ed., 2009.

HAMBURGER, Philip. *Is administrative law unlawful?* Chicago, University of Chicago Press, 2014.

HAMILTON, Marci A., Representation and Nondelegation: Back to Basics. *Cardozo Law Review*, v. 20, p. 807-822, 1998-1999.

HART, James. Limits of Legislative Delegation. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 221, Administrative Regulation of Private Enterprise, p. 87-100, May, 1942.

HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 59-84.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12. ed., Paris: Dalloz, 2002.

HIJAZ, Tailine Fátima e CONTI, Paulo Henrique Burg, O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do conselho federal de medicina. In: *anais do III Seminário de Ciências Sociais Aplicadas: desenvolvimento rural e urbano em sua diversas perspectivas*. Criciúma: UNESC, V. 3, nº 3, 2012. Disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/seminariocsa/article/viewFile/655/646>, acesso em 06 dez 2013.

HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*, 4. ed., Rio de Janeiro, 2006.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*, 1881. Disponível em <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acessado em 14 out 2015.

HORTA, Raul Machado. Recepção do Ministro Victor Nunes Leal na Academia Mineira de Letras. *Revista Forense*, v. 290, p. 415-418, disponível, *on line*, em http://www.victornunesleal.com.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=14&Itemid=29&limitstart=25, acesso em 24 out 2015.

HUBER, John D. e SHIPAN, Charles R., *Deliberate discretion? The institutional foundations of bureaucratic autonomy*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

IANCU. Bogdan. *Legislative delegation: The erosion of normative limits in modern constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2012.

JORDÃO, Eduardo, e ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review. *Administrative Law Review*, vol. 66, pp. 1-72, 2014.

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

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 9. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na ‘regulação independente’?. In: *O Poder normativo das agências reguladoras* (coord.: Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 301-332

KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, n. 114, pp. 2253-2385, 2000-2001.

KAHN Paul. *The reign of law: Marbury v. Madison and the construction of America*, New Haven: Yale Univeristy Press, 1997.

_____. *The Cultural Study of the Law: reconstructing legal scholarship*, Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 6. ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERLEY, Bill, e STARR, Graeme. Public Consultation: Adding Value or Impeding Policy? *Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform*, v. 7, n. 2, p. 185–192, 2000.

KISCHEL, Uwe. Delegation of legislative power to agencies: a comparison of the United States and German Law. *Administrative Law Review*, v. 46, n. 2, p. 213-256, 1994.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF: Balanço e Crítica* (org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KRAUSE, George e COHEN, David. Presidential use of Executive order, 1953-1994. In: *American Politics Quarterly*, v. 25, n. 4, p. 458-471, 1997.

KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Discricioniedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KRUEGER, Anne. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, V. 64, n. 3, p. 291-303, 1974.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LANDEFELD, J. Steven; SESKIN, Eugene P. e FRAUMENI, Barbara M. Taking the Pulse of the Economy: Measuring GDP. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 22, n. 2, p. 193-216, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* (trad. Hiltomar Martins Oliveira), Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

LAWSON, Garry. The rise and rise of the Administrative State. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6, p. 1231-1254, 1994.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: O município e o regime representativo no Brasil*, 4. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. Lei e regulamento. *In: Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 57-91.

_____. Delegações legislativas. *In: Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 92-108.

_____. Passado e futuro na súmula do STF. *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

LEITE, Luciano Ferreira. *O regulamento no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LEÓN, José Maria Baño. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente em la Constitución de 1978)*, Madrid: Cívitas, 1991.

LIJPHART, Arendt. Presidentialism and majoritarian democracy: theoretical observations. *In: The failure of presidential democracy*, vol. I, (org. por Juan Linz e Arturo Valenzuela), 1994, pp. 91-105.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. *In: Sociedade, direito e decisão* (org.: Artur Stamford da Silva e Gustavo Ferreira Santos), Recife: Editora UFPE (anais do Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto), 2009, p. 245-258. Disponível em https://www.ufpe.br/moinhojuridico/images/documentos/moinho_luhmann.pdf, acesso em 24 out 2015.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n° 76, p. 17-41, 2006. Disponível on line: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002> (acesso em 13 set 2014).

LINDSETH, Peter. The paradox of Parliamentary Supremacy: delegation, democracy, and dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s. *Yale Law journal*, v. 113, p. 1341-1415, maio, 2004.

LINZ, Juan e STEPAN, Alfred (coord.), *The breakdown of democratic regimes. Latin America*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.

LINZ, Juan e STEPAN, Alfred. *Problems of democratic transition and consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

LINZ, Juan J., “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make A Difference?”, in *The failure of presidential democracy*, v. I, (org. por Juan J. Linz e Arturo Valenzuela), 1994.

LOCKE, John. *Two treatises of government*, versão eletrônica disponível em http://files.libertyfund.org/files/222/0057_Bk.pdf, acesso em 13 jun 2013.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1965.

LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Butterworths, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*, Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *Legitimação pelo procedimento* (trad. Maria da Conceição Corte-Real). Brasília: Ed. UNB, 1980.

MCCLOSKEY, Donald, and KLAMER, Arjo. One Quarter of GDP Is Persuasion. *The American Economic Review* vol. 85, n. 2, p. 191–195, 1995.

MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. 235 fls.. Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada na Universidade de Brasília, Brasília: UnB, 2007.

MADISON, James. *The federalist n. 51 (The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments)*, in ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 347-353. Também disponível *in line*: <http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>, acesso em 25 out 15.

MADISON, James. *The federalist n. 10*. in ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 56-65.

MAINWAGING, Scott. Presidentialism, Multipartidarism, and Democracy: the difficult combination. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 2, p. 198-228, 1993.

_____. e SHUGART, Matthew S. Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal. *Comparative Politics*, v. 29, n. 4, p. 449-471, jul. 1997.

MAJONE, Giandomenico. Two logics of delegation. Agency and fiduciary relations in EU. *European Union Politics*, v. 2, p. 103-122, 2001.

MALBERG, Carré de, *Teoría general del Estado* (trad. da 1. ed. francesa de 1920-1922, José Lión Deprete), México: Fondo de la Cultura Económica, 1948.

MALBERG, Carré de. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984.

MANKIWI, Gregory. *Introdução à economia* (trad. da 5. ed. norte-americana), trad.: Allan Vidical Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARAVALL, José María e PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: *Democracy and the rule of law* (org. por MARAVALL, J. M. e PRZEWORSKI, A.), 2003, pp. 1-16.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 89-113.

_____. Poderes da Administração Pública. *Revista de Direito do Estado*, nº 23, p. 121-138, 2012.

_____. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do direito à democracia: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MASHAW, Jerry L.. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997.

_____. *Due process in the administrative state*. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. Prodelegation. Why administrators should make political decisions. *Journal of law economics and organizations*, v. 1, n. 1, p. 81-100, out. 1985.

_____. *Creating the administrative Constitution: The lost one hundred years of American administrative law*. New Haven: Yale University Press, 2012.

MATTOS, Paulo Todescan L. *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*, São Paulo: Singular, 2006.

MAYER, Kenneth R., Executive Orders and Presidential Power. *The Journal of Politics*, V. 61, n. 2, pp. 445-466, maio 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G., *Economics and the law. From Posner to Post-Modernism*. 2 ed., Princeton: Princeton University Press, 2006.

MCCUBBINS, Matthew D., NOLL, Roger G. e WEINGAST, Barry R., Administrative Procedures as Instruments of Political Control. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 3, n. 2, p. 243-277, set. 1987.

MCCUBBINS, Matthew D., NOLL, Roger G. e WEINGAST, Barry R., Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies. *Virginia Law Review*, v. 75, n. 2, Symposium on the Law and Economics of Bargaining, p. 431-482, 1989.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *A processualidade no Direito Administrativo*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. *Racionalidade e otimização regulatórias: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação*. 249 fls. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2012.

MEIER, Kenneth e O'TOOLE JR., Laurence. *Bureaucracy in a democratic state*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O poder regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, p. 71 *et seq.*, 1993.

_____. As delegações legislativas disfarçadas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 49/50, pp. 5-16, 2005.

_____. Regulamento – limites – proibição de fumar em restaurantes. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 8, p. 61 *et seq.*, 1994.

MELLO, Patrícia Perrone Campos, *Precedentes – O desenvolvimento judicial o constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2013.

MENAND, Louis (org.). *Pragmatism: a reader*. New York: Vintage Books, 1997.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Campus Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor, 1998.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário e Democracia*, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma teoria de fomento público. Critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, p. 115-176, 2010.

_____. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo* vol. 265, p. 179-198, jan./abril 2014.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

MERKL, Adolf, *Teoria general del derecho administrativo*, Madrid: Ed. Revista de derecho privado, 1935.

MERRILL, Thomas. The story of Chevron: the making of an accidental landmark. In: *Administrative Law Stories*, org. Peter Strauss, Nova York: Foundation Press, 2006, pp. 398-428.

MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*, publicado originariamente em 1861, disponível na íntegra em www.gutenberg.org/files/5669/5669-h/5669-h.htm, acesso em 09 jul. 2015.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, 18 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível *on line*: <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 01 nov 2015.

MOE, Terry M. e HOWELL, William G., Unilateral Action and Presidential Power: A Theory. In: *Presidential Studies Quarterly*, v. 29, n. 4, 1999, p. 850-872.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra ed., 2002.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis* (trad. Jean Melville), São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 4, n. 4, 2005, p. 36-65.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?. In: *Direito da Regulação e Políticas Públicas*, org. por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 107-139.

_____. *Processo administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. e CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação do princípio da legalidade? *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, v. 11, n. 43, p. 35-57, jul./set. 2013. Disponível: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97658, acesso em 15 jul 2015.

MULLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich* (trad. para o inglês de Deborah Lucas Schneider), Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

NINO, Carlos Santiago. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. *In: Institutional design in new democracies. Eastern Europe and Latin America*. Boulder: Westview Press, 1996, p. 161-174.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change, and economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2. reimpressão, 2011.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. V. I, Coimbra: Almedina, 2013.

PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo. *Dados*, v. 43 n° 3, Rio de Janeiro, p. 521-557, 2000 (disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000300004>, acesso em 11 set 2014).

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

PEREIRA, Carlos, e MUELLER, Bernardo. A theory of Executive dominance of congressional politics: the committee system in the Brazilian Chamber of Deputies. *The journal of legislative studies*, v. 10, n. 1, p. 9-49, 2004.

_____, e _____. Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro. *Revista Dados*, v. 45, n. 2, p. 265-301, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/dados/v45n2/10789.pdf>, acesso em 05 nov. 2015.

_____; POWER, Timothy e RAILE, Eric. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas. *In: Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009. p. 207-234.

_____, _____, e RENNÓ, Lucio. Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case. *The Journal of Politics*, v. 67, n. 1, p. 178-200, jan. 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

_____. *A reserva de administração*. In: O Direito, primeira parte: 1990, I, (janeiro-março), p. 325-353; segunda parte: 1990, III e IV (julho-dezembro), p. 571-601.

PIMENTA BUENO, José Antônio, “Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império”, in *José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente*, org. por Eduardo Kugelmas, São Paulo: Editora 34, 2002.

PITKIN, Hanna. *The concept of representation*, Berkley: University of California Press, 1972.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*: Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

_____. O que é o pragmatismo jurídico, disponível *on line*: <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>, acesso em 28 jul. 2015.

POSNER, Eric e VERMEULE, Adrian. Interring the nondelegation doctrine. *The University of Chicago Law Review*, V. 69, n. 4, 2002, p. 1721-1762.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. The constitution as an economic document. *George Washington Law Review*, n. 56, p. 5-38, nov. 1987.

_____. What has pragmatism to offer law? *Southern California Law Review*, v. 63, p. 1.653-1.670, 1990.

PRADO, Mariana Mota. Accountability mismatch: Agências reguladoras independentes e o governo Lula. In: *Agências Reguladoras e Democracia* (org. Gustavo Binenbojm), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225-251.

QUEIRÓ, Afonso, Teoria dos regulamentos. *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, primeira parte: ano XXVII, (janeiro-dezembro), nº 1-2-3-4, p. 1-19, 1980; segunda parte: ano I (2ª série), (janeiro-março), nº 1, p. 5-32, 1980.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Os regulamentos jurídicos e os regulamentos de organização: breve estudo de sua aplicação no Direito brasileiro. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p.557-567.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O liberalismo político*, 2. ed., (trad. Dinah de Abreu Azevedo), São Paulo: Ed. Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

REICH, Gary. Executive Decree Authority in Brazil: How Reactive Legislators Influence Policy. *Legislative Studies Quarterly*, v. 27, n. 1, p. 5-31, fev. 2002.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação da ação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, (trad. de Rogério Ehrhardt Soares). Coimbra: Almedina, 1981.

_____, *Rapport de synthèse*. In: *Le domaine de la loi et du règlement*, 2. ed., coord. Louis Favoreu, Paris: Economica, 1981, p. 261 ss.

ROBL FILHO, Ilton. *Conselho Nacional de Justiça. Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

_____. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, p. 189-222, jun./set. 1997.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva* (org. Humberto Ávila), São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54-89.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

_____. Análise econômica progressiva do direito – e o novo Direito Administrativo, trad. Mariana Mota Prado. In: *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*. Org. Paulo Mattos *et al.*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 243-280.

_____; e LINDSETH, Peter L. (coord), *Comparative Administrative Law*, Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2010.

_____; VALOSIN, Natalia e DESIERTO, Diane. Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines. *Berkeley Journal of International Law*, v. 29, p. 246-333, 2011.

_____; EGIDY, Stefanie e FOWKES, James. *Due process of lawmaking: the United States, South Africa, Germany and European Union*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015.

ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1307-1351, 2001.

ROSS Alf. Delegation of Power. Meaning and Validity of the Maxim *delegata potestas non potest delegari*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 7, n. 1, p. 1-22, 1958.

ROSS, Stephen, The economic theory of agency: The principal's problem. *American Economic Review*, v. 63, n. 2, p. 134-139, maio 1973.

ROWLEY, Charles K.. Public choice and the economic analysis of law. *In: Law and economics*, ed. Nicholas Mercuro, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 123 *et seq.*

SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UnB, 1996.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1. ed., 3. tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____(org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHAACK, Beth Van, *Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*. *Georgetown Law Review*. V. 97, p. 119-192, 2008.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHOENBROD, David. *Power Without Responsibility. How Congress Abuses the People through Delegation*. New Haven: Yale University Press, 1993.

_____. Delegation and democracy: a reply to my critics. *Cardozo Law Review*, v. 20, p. 741-766, 1998-1999.

SCHELLING, Thomas C.. *The strategy of conflict*, Pickle Partners Publishing, 2015, Kindle Edition (versão eletrônica). Original de 1960.

SCHUCK, Peter. Delegation and democracy: comments on David Schoenbrod. *Cardozo Law Review*, v. 20, p.775-793, 1998-1999.

SHUGART, Matthew Soberg, e CAREY, John. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público –RDP*, n. 84, p. 46 e ss, 1987.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, pp. 1-48, abr./maio/jun. 2005. Disponível em www.direitodoestado.com.br, acesso em 30 out. 2015.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Processo constitucional de formação das leis*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: *Interpretação constitucional*, org. por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-145.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

SKIDMORE, Thomas, Collor's downfall in historical perspective. In: *Corruption and political reform in Brazil: the impact of Collor's impeachment*, Miami: North-South Center Press, 1999. [PÁGINAS DO CAPÍTULO]

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Martins Fontes, 1. ed. 2003.

SMITH, Jason Scott, *Building New Deal Liberalism: The Political Economy of Public Works-1933-1956*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

SØGARD, Lars. The economics of national champions. *European Competition Journal*, vol. 3, n. 1, p. 49-61, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O Papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração. *Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, p. 28-44, 2005

SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Paulino José Soares de (Visconde de Uruguai). Ensaio sobre o Direito Administrativo. In: *Visconde de Uruguai. Coleção Formadores do Brasil*, org. de José Murilo de Carvalho, São Paulo: Ed. 34, 2002.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A legalização da teoria dos atos administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF. In: *Os caminhos do ato administrativo*, org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 383-400.

STIGLER, George J.. A teoria da regulação econômica. In: *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano* (coord. Paulo Mattos), São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23-48.

STONE, Alan. Rule of Law. In: *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, v. 4., (org. por Jay Shafritz), Boulder, CO: Westview Press, 1998, p. 2010-14.

STRECK, Lênio, SARLET, Ingo e CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 12, n. 18, pp. 16-26, 2005.

STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 103-127.

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

_____. *Fundamentos do direito público*, 4. ed., 7. tir., São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

_____. *Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos*. *Revista de Direito Público*, n. 97, pp. 43-52, 1991.

_____, e CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. In: *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto* (org. Sérgio Guerra e Celso Rodrigues Ferreira Junior), Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 501-514.

SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

_____. *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. Nova Iorque: Basic Books, 2004.

_____. O Constitucionalismo após o The New Deal (original em inglês de 1987). In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 131-242.

_____. Nondelegation Canons. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 67, n. 2, fev. 2000, pp. 315-343.

_____ e VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, pp. 885-951, fev. 2003.

_____ e THALER, Richard H. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

SWEET, Alec Stone. Constitutional courts and parliamentary democracy. In: *The politics of delegation* (coord. THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone). Londres: Frank Cass and company limited, 2003, p. 77-100.

TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contra ponto. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 206, out./dez. 1996, pp. 1-8

_____. Lei e regulamento. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, tomo 1, p. 477 *et seq.*

_____. Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, tomo 2, p. 1075 *et seq.*

TSEBELIS, George. *Veto players. How political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

THALER, Richard H., *Quasi Rational Economics*, Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 1991.

THATCHER, Mark e SWEET, Alec Stone (coord.). *The politics of delegation*. Londres: Frank Cass and company limited, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*, org. Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 467-519.

_____. Legalidade tributária e riscos sociais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 53, p. 178-198, 2005.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

TUCIDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, Livro segundo, 4. Ed., Coleção Clássicos IPRI, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/al000234.pdf>, acesso em 13 jul. 2015.

TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. *Western Economic Journal*, v. 5 n° 3, p. 224-232, jun. 1967.

URBINATI, Nadia. *Representative democracy: Principles and genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

VARIAN, Hal. *Microeconomia: princípios básicos*. (trad. da 5. ed. americana; trad. Ricardo Inojosa e Maria José Cylhar Monteiro), Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*, vol. II, 2 ed., Madrid: Tecnos, 1977.

VERMEULE, Adrian. *The Constitution of risk*, Cambridge, 2014.

WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. *Georgia Law Review*, v. 43, n. 1, p. 3-61, set., 2008.

_____. *A dignidade da legislação*, (trad. Luís Carlos Borges), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALINE, Jean. *Droit Administratif*, 25. Ed., Paris: Ed. Dalloz, 2014.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Org. H. H. Gerth e C. W. Mills, 5ª ed., Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1982.

_____. *Politics as a vocation*, disponível em <http://nw18.american.edu/~dfagel/Class%20Readings/Weber/PoliticsAsAVocation.pdf>, acesso em 08 nov. 2015.

XAVIER, Alberto. Legalidade e tributação; *Revista de Direito Público*, nº 47-48, p. 229 et seq., jan. 1978.

_____. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*, São Paulo: Dialética, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. para o espanhol de Mariana Gascón), Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, 3. ed. (trad., da 12. ed. alemã de 1994, Karin Praefke_Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.