

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE DA ADI 4.874/DF A PARTIR DA TEORIA DA DEFERÊNCIA DE ADRIAN VERMEULE

THE NORMATIVE POWER OF BRAZILIAN REGULATORY AGENCIES: AN ANALYSIS OF ADI 4.874/DF BASED ON ADRIAN VERMEULE'S THEORY OF DEFERENCE

Luiz Eduardo Lapolli Conti¹
Cláudio Ladeira de Oliveira¹

Recebido em: 05/05/2022
Aceito em: 17/05/2022

luiz_conti1@yahoo.com.br
claudioladeira@hotmail.com

Resumo: Este artigo pretende discutir como o Poder Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, enxerga a questão do poder normativo das agências reguladoras a partir do julgamento da ADI nº 4.874. Em um primeiro momento, estudamos, a partir da obra de Schmitt, o processo de erosão do paradigma clássico do liberalismo político. Depois, analisaremos a tese de Vermeule acerca da abnegação do direito, que corresponde a perspectiva de uma maior deferência das instâncias judiciais às decisões da Administração Pública. Por fim, abordaremos a construção do modelo estatal gerencial no Brasil e o julgamento da ADI nº 4.874, que discutiu o poder normativo das agências reguladoras.

Palavras-chave: Administração pública; agências reguladoras; controle judicial; legalidade; separação entre os poderes.

Abstract: This article aims to discuss how the Brazilian Judiciary, especially the Supremo Tribunal Federal, sees the issue of the normative power of regulatory agencies in the judgement of ADI 4.874. At first, we study, based on Schmitt's work, the process of erosion of the classical paradigm of political liberalism. Afterwards, we will analyze Vermeule's thesis about the abnegation of law, which corresponds to the perspective of a greater deference of the judicial instances to the decisions of the Public Administration. Finally, we will approach the construction of the managerial state model in Brazil and the judgment of ADI nº 4.874, which discussed the normative power of regulatory agencies.

Keywords: Public Administration; regulatory agencies; legality; judicial review; separation of powers.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é analisar como o Poder Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, enxerga a questão do poder normativo das agências reguladoras. O material utilizado para a análise serão as manifestações dos ministros Rosa Weber e Luiz Fux no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.874, tendo como marco teórico as considerações de Adrian Vermeule sobre o Estado administrativo.

O que se pretende demonstrar é que existem razões pragmáticas para que o direito renuncie a sua pretensão de controle rígido sobre a Administração Pública, conferindo aos seus agentes maior discricionariedade. A intervenção judicial não só não adiciona maior qualidade às decisões do Poder

¹ Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, Brasil.

Público, como serve apenas para substituir opiniões de técnicos ou políticos por aquelas de juízes generalistas e desprovidos de responsabilidade política.

Para tanto, dividimos o artigo em três tópicos. No primeiro, estudamos, a partir da obra de Carl Schmitt, o processo de erosão do paradigma clássico do liberalismo. Esta doutrina, inspiradora das primeiras constituições, tinha por principal pretensão limitar o poder do Estado. Schmitt demonstra que os princípios que sustentavam esta ideologia, a separação dos poderes e a legalidade, sucumbiram ante a ampliação das tarefas estatais, decorrentes de uma democracia de massas.

É partir desta constatação de Schmitt que Vermeule vai propor sua tese, que será analisada no segundo tópico. Para ele, o Estado administrativo é um fato. Ao invés de lamentar a superação dos preceitos liberais, devemos aceitar que a ampliação dos poderes da Administração é um fato não só inexorável, mas também desejável. Neste quadro, Vermeule vai indicar que o próprio direito renunciou à sua pretensão imperial e passou a prestar deferência à Administração Pública.

Por fim, no terceiro tópico abordamos o modelo de Administração gerencial, que foi, timidamente, implantado no Brasil em meados dos anos 1990. De forte inspiração norte-americana, este modelo tem por pressuposto a delegação de amplas competências, inclusive normativas, para agências reguladoras, o que implica em trazer para o direito brasileiro as mesmas perplexidades abordadas por Vermeule.

É neste contexto que o estudo da ADI nº 4.874 se faz necessária. Analisaremos o voto da relatora, que em parte compartilha da visão de Vermeule de que o Judiciário deve reverência às decisões das agências, e o do Ministro Fux, que defende uma postura de maior intervenção judicial na atuação destes entes. Sustentaremos que esta última perspectiva não se coaduna com o atual estado do direito público brasileiro.

2. A PASSAGEM DO ESTADO LEGIFERANTE PARA O ESTADO ADMINISTRATIVO

A tradição liberal, que alavancou a construção do Estado de direito² entre os séculos XVII e XIX, ancorou-se especialmente em dois pilares: direitos fundamentais e separação entre os poderes. Na visão de Schmitt (1992, pp. 137-8), a opção burguesa pela liberdade individual faz com que o Estado seja concebido com um sistema fechado de normas jurídicas, para proteger os cidadãos do abuso do poder público.

Daí que deste ideal se deduzam os dois princípios acima mencionados. De um lado o princípio da distribuição, que coloca a liberdade como um dado anterior ao Estado, de modo que apenas

² Neumann (2013, p. 308) e Schmitt (1992, p. 141) afirmam que, por se tratar de uma noção política, o conceito de Estado de direito é polêmico. Para Schmitt (2019, p. 59), “todos os conceitos, representações e termos políticos têm um sentido *polêmico*; eles têm em vista um caráter concreto de contraposição, estão ligados a uma situação concreta cuja consequência última é o agrupamento amigo-inimigo (que se expressa na guerra ou na revolução) e tronam-se abstrações vazias e fantasmagóricas se esta situação estiver ausente”. No caso da expressão “Estado de direito”, a contraposição se dá entre o Estado de força ou mesmo Estado de polícia (SCHMITT, 1992, p. 141).

excepcionalmente pode ser por ele limitada³. Do outro, o princípio da organização, que divide o poder estatal em um sistema de competências que tem por atribuição estabelecer controles recíprocos entre as diferentes funções públicas⁴.

Muito embora esses princípios sejam complementares, para a finalidade deste trabalho cumpre estudar, com mais vagar, a separação dos poderes. Para Waldron (2016, p. 45), esse princípio “aconselha uma separação qualitativa das diferentes funções de governo – por exemplo, legislação, jurisdição e administração executiva”. Mas o que é a separação de poderes em sua essência?

Como adverte Vile (1998, p. 2), “a doutrina da separação de poderes’ não é um conjunto de conceitos simples, imediatamente reconhecíveis e desprovidos de ambiguidade”. Uma concepção meramente funcional do princípio é inadequada para descrever e explicar sua importância, daí a necessidade de estabelecer uma teoria “pura” separação de poderes (VILE, 1998, p. 14).

Para Vile (1998, p. 14), uma “doutrina pura” da separação entre os poderes pode ser descrita da seguinte forma:

É essencial para o estabelecimento e manutenção da Liberdade política que o governo seja dividido em três ramos ou departamentos, a legislatura, o executivo e o judiciário. Para cada um destes três ramos há uma função identificável de governo correspondente: legislativa, executiva ou jurisdicional. Cada ramo deve estar confiando ao exercício de sua função própria e não lhe é permitido invadir as funções dos demais ramos. Além disso, as pessoas que compõem estes três órgãos de governo devem ser mantidas separadas e distinguidas, sem que a nenhum indivíduo seja permitido ser, ao mesmo tempo, membro de mais de um destes ramos. Desta forma, cada ramo será controlado pelos outros e nenhum grupo de pessoas poderá controlar o aparato estatal.

Ainda que se possa argumentar que essa fórmula não corresponde exatamente a nenhum sistema político existente, é possível tomá-la como um tipo ideal⁵, a partir do qual se pode observar

³ Utilizando uma terminologia um pouco diferente (princípio da difusão do poder), Zolo (2006, p.36) argumenta que este princípio “opera como critério geral de atribuição de faculdades e poderes, juridicamente reconhecidos e sancionados, aos sujeitos individuais [...] [que] podem também ser exercidos contra os órgãos do governo político, cuja esfera de exercício é consequentemente limitada”.

⁴ Schmitt (1992, p. 138) destaca que o “princípio da distribuição – liberdade do indivíduo, a princípio ilimitada; faculdade do poder do Estado, a princípio limitada – encontra sua expressão em uma série de direitos denominados de fundamentais ou de liberdade; o princípio da organização está contido na doutrina da chamada divisão de poderes, ou seja, na distinção de diversos ramos para exercer o Poder público, como a distinção entre legislação, governo (administração) e administração da justiça – Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta divisão e distinção tem por objetivo estabelecer freios e controles recíprocos destes ‘poderes’. Direitos fundamentais e separação de poderes designam, portanto, o conteúdo essencial típico do Estado de direito, presente na constituição moderna”.

⁵ Segundo Weber (2003, pp. 107 e 109), “obtem-se um tipo ideal mediante a *acentuação* unilateral de *um ou vários* pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos *isoladamente* dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo *de pensamento*. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma *utopia*. A atividade *historiográfica* defronta-se com a tarefa de determinar, em cada *caso particular*, a proximidade ou afastamento entre a realidade e o quadro ideal [...]. Trata-se de um quadro de pensamento, e *não* da realidade histórica, e muito menos da realidade ‘autêntica’, e não serve de esquema no qual se

seu desenvolvimento histórico⁶. Se a doutrina pode ser rastreada nas obras de Locke (ou mesmo antes), seu principal divulgador foi Montesquieu⁷, que no século XVII escreveu:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último de poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado (MONTESQUIEU, 1996, pp. 167-8).

Estas diferentes funções, segundo Montesquieu (1996, p. 168), devem ser atribuídas a pessoas ou grupos distintos, porque “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos príncipes, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes”. Esta seria então a condição *sine qua non* da liberdade política, de modo que a sua ausência levaria indubitavelmente ao despotismo⁸.

É justamente este medo do despotismo que levaria Madison a defender com entusiasmo as ideias de Montesquieu no debate que precedeu a promulgação da Constituição norte-americana. Na visão de Madison (1993, pp. 331-2), o “acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos [...] pode ser considerado a própria definição de tirania”.

Tal com seu “oráculo” Montesquieu, Madison via na separação de poderes e no seu sistema de freios e contrapesos uma forma de conter o arbítrio político. Para ele, apenas se “os poderes sejam vinculados e misturados o suficiente para que cada um tenha controle constitucional sobre os outros, [...] um governo livre poderá ser devidamente mantido na prática” (MADISON *et al*, 1993, p. 338).

Para garantir esta esfera de liberdade exigida pelo Estado de direito burguês, é preciso atender a um conceito específico (formal) de lei. Lei é aquilo que foi aprovado pelos órgãos legislativos, dentro do procedimento estabelecido (SCHMITT, 1992, p. 153). No parlamento, vigora o princípio da igualdade de chances, que permite que cada opinião seja devidamente representada (SCHMITT, 2007, p. 29). Segundo Schmitt (2007, p. 128):

pudesse incluir a realidade à maneira de *exemplar*. Tem antes o significado de um conceito limite puramente ideal, em relação ao qual se *mede* a realidade a fim de esclarecer o conteúdo empírico de alguns dos seus elementos importantes, e o com o qual esta é comparada”. [Grifos no original]

⁶ É justamente este conceito que permite que Vile descarte a teoria política de Aristóteles como um exemplo precoce de “separação de poderes”, como tradicionalmente faz grande parte dos constitucionalistas brasileiros. É que o filósofo grego, seguindo o princípio norteador da constituição ateniense, admitia que as diferentes funções (guerra, justiça e deliberação) do governo fossem atribuídas a uma mesma pessoa ou grupo de pessoas. O mesmo raciocínio é elaborado por Loewenstein (1979, p. 57): “Nada permite deduzir que Aristóteles observasse empiricamente ou deduzisse teoricamente a atribuição destas três funções a atribuição destas três funções a diferentes órgãos ou pessoas. E justamente neste ponto se encontra a importância ideológica da doutrina da separação de poderes do liberalismo constitucional da primeira época”.

⁷ Vile (1998, p. 83) argumenta que “Montesquieu não inventou a doutrina da separação de poderes, e que muito do que do que ele escreveu no Livro XI, Capítulo 6, do *De l’Esprit des Loix* foi tomado de autores ingleses contemporâneos e de John Locke”.

⁸ O autor francês salienta que “na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. Entre os turcos, onde estes poderes estão reunidos na pessoa do sultão, reina um horrível despotismo” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

O parlamento deve ser [...] o cenário de um processo de comutação (*Umschaltungsprozesses*), por meio do qual a pluralidade dos antagonismos, interesses e opiniões sociais, econômicos, culturais e confessionais se transforma na unidade da vontade política.

É por esta discussão pública que se opera a transformação da *voluntas* em *ratio*. Trata-se de “um intercâmbio de opiniões com objetivo de convencer o opositor de algo verdadeiro ou correto, por meio de argumentos racionais”⁹⁻¹⁰ (SCHMITT, 1996, p. 7). Assim, a lei resultante deste procedimento não é fruto de pura *autoritas*, mas da *veritas*, “que se torna mera função de uma eterna competição de opiniões” (SCHMITT, 1996, p. 35).

Mais ainda: na medida em que deve vincular o legislador, a lei deverá ser sempre normal geral, opondo-se a qualquer comando individual¹¹ (NEUMANN, 2013, p. 357). O caráter de generalidade exigido da lei corresponde à necessidade de diferenciar o “governo das leis” do “governo dos homens”. Deste modo, abstrai-se qualquer possibilidade de uma dominação arbitrária¹² (SCHMITT, 1992, p. 150).

Para Schmitt (2007, p. 2), o modelo estatal que corresponderia a doutrina da separação de poderes e a concepção liberal de lei é aquele por ele denominado de “Estado legiferante”¹³. Na concepção do jurista alemão, trata-se de:

[...] um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, *gerais*, bem como predeterminadas, e, conseqüentemente, concebidas, visando a uma *duração permanente*. Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si. [Grifos no original]

Ao ocultar, por este procedimento, qualquer traço de *voluntas* na produção da lei, o liberalismo pretende despír o Estado de seu caráter eminentemente político¹⁴. Afinal, como coloca Schmitt (2007a, p. 114):

⁹ Por esta razão, Schmitt (1996, p. 6) diferencia a discussão pública da negociação (*Verhandeln*). Ao contrário da discussão, com a negociação “não se cogita de uma busca racional da ação correta, mas sim da contabilização e da imposição de interesses e de oportunidades de ganho, e se possível, da sobreposição do interesse pessoal [...]” (SCHMITT, 1996, p. 7).

¹⁰ Mais adiante, Schmitt (1996, p. 45) reitera que “o Parlamento é o local onde se *delibera*, isto é, onde se obtém a verdade relativa num processo discursivo, por meio da discussão de argumentos e contra-argumentos”. [Grifos no original]

¹¹ Também Schmitt (1996, p. 41) afirma que “toda doutrina do Estado de direito baseia-se na contraposição de uma lei geral, preestabelecida, integradora de todas as coisas, sem exceções e em princípio válida em todos os tempos, a um comando pessoal exercido caso a caso e que considera relações concretas particulares”.

¹² Afinal, como aduz Schmitt (2007, p. 57), “nesse sistema [i.e., o do Estado legiferante], não são indivíduos nem órgãos públicos, tampouco as corporações legislativas, entre outros, que dão as ordens, somente as normas derivadas do sistema possuem validade”.

¹³ No original, *Gesetzgebungsstaates*. Para Schmitt (2007a, pp. 111-2), os “Estados podem ser classificados segundo a área na qual encontram o cerne de sua atividade. Assim sendo, há Estados judiciais, ou melhor, jurisdicionais, além disso. Estados que são essencialmente governo e executivo e, por fim, Estados legiferantes. [...] Em tais classificações e tipificações das espécies de Estado, deve-se sempre observar que é pouco provável que haja um Estado puramente legiferante, assim como um Estado meramente judicial ou um Estado que nada mais seria a não ser governo e administração. Nesse aspecto, todo Estado é uma ligação e uma mistura entre essas espécies, um *status mixtus*”.

[...] no liberal século XIX, a tendência era a de restringir o Estado a um *mínimo*, restringir suas intervenções na economia, *neutralizá-lo* perante a sociedade e seus interesses conflitantes a fim de que sociedade e economia cheguem às decisões necessárias para sua área segundo seus princípios iminentes. [Grifos no original]

Somente neste quadro de neutralização do conflito e manutenção da normalidade, pode triunfar o Estado legiferante. Ele opera a partir de uma distinção essencial, aquela entre Estado e sociedade¹⁵, com o parlamento ocupando a posição de representante do povo ou da sociedade, entendidos como contrapostos ao governo e ao Estado (SCHMITT, 2007a, pp. 108-12).

Todavia, com o advento da democracia de massas, este modelo político começa a desmoronar. Com a necessidade de intervenção cada vez maior do Estado na esfera econômica para atender as demandas dos novos grupos políticos, a distinção entre Estado e sociedade se esvai por inteiro (SCHMITT, 2007a, pp. 115-6). A partir disto, Schmitt (2007a, p. 118-9) argumenta:

Em qualquer Estado moderno, a relação do Estado com a economia compõe o verdadeiro objeto das questões de política interna imediatamente atuais. Elas não mais podem ser resolvidas com o antigo princípio liberal da não-interferência, da absoluta *não-intervenção*. [...] Em tal situação, a exigência por uma não-intervenção torna-se uma utopia, até mesmo uma autocontradição, pois a não-intervenção significaria deixar o caminho livre, nos antagonismos e conflitos econômicos que hoje não são combatidos com meios puramente econômicos, aos vários grupos de poder. A não-intervenção, em tal situação, nada mais é do que intervenção em favor daquele em posição superior e sem consideração ao outro [...].

Numa democracia de massa, todos os problemas são potencialmente políticos, o que significa que a atividade estatal se estende “até esferas que normalmente se encontravam fora de seu campo de ação” (FERREIRA, 2004, p. 222). Deste modo, o Estado de direito liberal está em franca contradição com a realidade concreta e com os imperativos básicos da política contemporânea (SCHEUERMAN, 1994, p. 71).

O Estado que exsurge com o declínio do Estado legiferante é o Estado administrativo¹⁶ (*Verwaltungsstaat*). Aqui, a administração, o Executivo, passa a ser o centro da atividade estatal, “o

¹⁴ A negação do político é do *ethos* do liberalismo político. Como coloca Schmitt (2019, p. 123), “a negação do político que está contida em cada individualismo consequente conduz a uma prática de desconfiança contra todas as potências políticas e formas de Estado que possam pensar, mas nunca a uma teoria positiva própria do Estado e da política. Há, em consequência disso, uma política liberal enquanto contraposição polêmica contra as circunscrições estatais, eclesíásticas ou outras da liberdade individual, enquanto política relativa ao comércio, à Igreja, à escola, à cultura, não há, porém, uma política liberal pura e simples, mas sempre apenas uma crítica liberal da política”.

¹⁵ Como pontua Grau (2010, p. 19), “a ideia de ‘intervenção’ tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao ‘intervir’, o Estado entraria em um campo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado”.

¹⁶ Como observa Franco de Sá (2012, p. 189), não há propriamente uma substituição do Estado legiferante pelo Estado administrativo, mas sua conservação, de forma transformada. A impossibilidade de uma decisão acerca da unidade política em um Estado legiferante (neutro) conduz ao pluralismo e, por conseguinte, à “transformação do Estado [...] numa instância social entre as

ponto essencial da vontade política decisiva”. É necessário opor a legitimidade autônoma do poder administrativo à crise de legalidade do Estado legiferante (BERCOVICI, 2004, p. 95).

Ainda que a primazia da lei tenha formalmente permanecido em vigor, é o aparelho administrativo que é de fato dotado do controle da ação pública. Como destacam Posner e Vermeule (2010, p. 4), o cerne da visão de Schmitt é que as instituições parlamentares são orientadas para o passado e, portanto, incapazes de lidar com as exigências do moderno Estado administrativo.

O legislador não pode dar conta das numerosas tarefas de que se incumbe o Estado, seja por causa do poder da administração em definir as condições de aplicação da lei, seja pela sua estabilidade em face da precariedade das maiorias parlamentares (KERVÉGAN, 2005, p. 99). A administração gozaria não só de maior capacidade, mas também de maior legitimidade para agir, especialmente em situações de crises (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 5).

Daí porque, no Estado administrativo, é possível perceber uma “degeneração do conceito de lei”, já que não mais se pode diferenciar a lei da medida (SCHMITT, 2007, p. 86). Afinal, o modo de ação típico da administração é “a medida (*Massnahme*) motivada apenas pela preocupação ‘técnica’ de eficácia e de oportunidade material” (KERVÉGAN, 2005, p. 97). Nas palavras de Schmitt (2007, p. 8):

O Estado administrativo pode recorrer à necessidade objetiva, à situação do objeto, ao imperativo das circunstâncias, à urgência da época e a outras justificativas não determinadas pela norma, mas pela situação dada. Analogamente, ele encontra seu princípio de existência na conveniência, na utilidade e, ao contrário da conformidade normativa do Estado legiferante baseado em normatizações, na pertinência de suas medidas, disposições e ordens. Tanto o Estado dirigente quanto o Estado administrativo veem uma qualidade especial na ordem concreta, exequível sem maiores delongas ou a ser respeitada. [...] [Ambos] reconhecem, no decisionismo da disposição imediatamente exequível, um valor jurídico positivo em si mesmo.

Leis com conteúdo especializado e a delegação legislativa para órgãos administrativos passam a ser imperativos quando não existe mais distinção entre Estado e sociedade. A generalidade da lei, fundamento do Estado de direito liberal, tornou-se obsoleta e a ideia de separação de poderes já não faz mais qualquer sentido (SCHEUERMAN, 1994, p. 75).

A administração não está mais sujeita a aplicação passiva de normas gerais. Seus agentes são dotados de cada vez mais discricionariedade para agir em caos específicos, visando determinadas finalidades. Assim, a distinção entre “as atividades legislativa e administrativa é necessariamente desprovida de qualquer justificativa real em nossa época” (SCHEUERMAN, 1994, p. 76).

3. O EXECUTIVO DESVINCULADO E A ABNEGAÇÃO DO DIREITO

As considerações de Carl Schmitt servirão de base para o provocativo pensamento de Adrian Vermeule. Se a tradição entre os juristas norte-americanos é louvar o *Rule of Law*, Vermeule se

outras, apropriada por grupos sociais e por interesses econômicos que se procuram impor socialmente através dessa mesma apropriação” (FRANCO DE SÁ, 2012, p. 194). Assim, a expansão do Estado não é sinal de sua força, mas de sua fraqueza.

coloca em diametral oposição à esta tradição, pelo menos em sua versão mais robusta, defendendo, ao invés, uma visão mais pragmática do papel do Estado e do direito na contemporaneidade.

Para as finalidades deste artigo, duas são as teses de Vermeule que interessam. A primeira é a de que os controles legais que o liberalismo concebeu para restringir o Executivo são incapazes de dar conta da complexidade de tarefas assumidas pelo moderno aparelho estatal. A segunda é a de que, diante desta complexidade, o direito se retirou, abrindo espaço para decisões políticas ou técnicas na Administração.

A premissa defendida por Vermeule é a de que o direito, pelo menos no campo do direito administrativo, abandonou suas pretensões imperiais, renunciado à sua própria autoridade. Os controles legais concebidos para constranger o avanço gradual da Administração sucumbiram e o direito voluntária e deliberadamente se rendeu ao Estado administrativo¹⁷ (VERMEULE, 2016, p. 6).

O fato é que em um Estado administrativo, o Executivo ganha proeminência. Por Executivo entendemos, conforme Posner e Vermeule (2010, p. 5) “o complexo gigantesco de instituições políticas nacionais que não são parte do Legislativo ou do Judiciário”. O significativo acúmulo de poder neste ramo do governo decorre da sua “capacidade de agir no mundo real” (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 11).

Partindo da crítica de Carl Schmitt às instituições do liberalismo político, parcialmente analisada no tópico anterior, Posner e Vermeule (2010, p. 33) destacam que a preponderância do Executivo se justifica por sua disposição em “reagir com rapidez e força suficiente”, mesmo diante das instabilidades do ambiente político. Esta disposição transparece ainda com mais clareza diante de situações de crise:

Citando William E. Scheuerman, Posner e Vermeule (2010, p. 33) afirmam que:

[...] instituições legislativas liberais, tais como parlamentos e tribunais, estruturam e aplicam normas gerais que são essencialmente ‘voltadas para o passado’, enquanto que ‘os ditames do moderno intervencionismo político exigem um sistema legal direcionado ao presente e futuro de cenários econômicos complexos e em constante mudança.

Se, por um lado, falta incentivo para as legislaturas agirem antes das crises, por outro, falta-lhes a capacidade de agir coordenadamente quando elas estouram. Os tribunais, por sua vez, ainda que possuam os instrumentos para intervir, carecem de legitimidade e tendem a fazer uma deferência à administração, ainda mais quando estão diante de um fato consumado.

¹⁷ A noção de Estado administrativo é uma noção polêmica, especialmente no direito norte-americano. Existem críticos dos mais variados matizes ideológicos. Sunstein e Vermeule (2021, pp. 18-9) trazem um breve resumo destas posições críticas: “Para os originalistas, o Estado administrativo é uma traição patente aos compromissos do esquema constitucional original e do sistema de poderes separados e divididos. Para os libertários, as agências possuem uma discricionariedade amplamente irrestrita que lhes permite exercer poderes arbitrários, invadindo a liberdade privada e a propriedade privada e violando os valores fundamentais do Estado de Direito. Para os democratas, a cadeia de *accountability* que vai de ‘Nós, o povo’ até os funcionários que detêm o poder estatal é frágil; é minada pela excessiva concessão de discricionariedade de ação, permitindo que os legisladores se esquivem da responsabilidade política pelas decisões políticas finais”.

Deste modo, “o Poder Executivo governa, sujeito a constrangimentos legais que são instáveis em tempos normais e fracos ou inexistentes em tempos de crise” (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 4). Segundo os autores, sua tese pode ser demonstrada pelos acontecimentos que se seguiram aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e à crise econômica de setembro de 2008 (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 34).

Em ambos os casos, diante da exigência de ação imediata, o Executivo reagiu inicialmente adaptando antigas legislações às novas circunstâncias¹⁸ (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 44). Posteriormente, o Legislativo redigiu e aprovou novas leis, delegando amplos poderes para as autoridades executivas escolherem novas políticas para gerenciar a crise¹⁹ (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 51).

No início da crise gerada pelos ataques terroristas, o Judiciário se manteve “visivelmente silencioso”, com a Suprema Corte se recusando a analisar casos envolvendo deportações. Somente depois do declínio da credibilidade da Administração Bush os magistrados voltaram a se reafirmar, mas dentro dos limites pragmáticos do imperativo da segurança nacional²⁰ (POSNER; VERMEULE, 2010, pp. 35-6).

As situações de crise demonstram que o modelo madisoniano²¹ de separação de poderes não é mais capaz de exercer o controle do Executivo em um Estado administrativo. A mesma constatação pode ser feita para os tempos de normalidade: o alcance da responsabilidade do Executivo é tão amplo que falta aos demais ramos do governo capacidade para monitorá-lo (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 19).

¹⁸ Assim, para socorrer a AIG, o governo federal norte-americano se valeu de uma antiga lei de 1932 que, embora autorizasse “empréstimos”, não autorizava o governo a adquirir empresas privadas. Deste modo, a Administração então estruturou a aquisição na forma de um empréstimo. Depois do 11 de setembro, a Administração Bush tentou drenar os recursos da *Al Qaeda* usando uma lei de 1977, o *International Emergency Economic Powers Act*, cujo propósito original era limitar os poderes presidenciais de confiscar propriedades em épocas de crises (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 44).

¹⁹ Os autores enfatizam, ao analisar as legislações aprovadas pelo Congresso norte-americano durante as crises mencionadas, que o padrão foi: “o Executivo pedia para avançar três passos adiante; o Congresso o empurrava um pouco para trás, mas não tinha escolha senão deixar avançar dois passos” (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 45).

²⁰ Analisando estudos sobre a impetração de *habeas corpus* por detentos em Guantánamo, Posner e Vermeule (2010, pp. 36-7) concluíram que menos de 4% das liberações de prisioneiros decorreram de decisões judiciais e mesmo nestes casos o Judiciário, com duas exceções, não determinou a soltura imediata, exortando que o governo negociasse com nações estrangeiras dispostas a receber os prisioneiros.

²¹ Por modelo, ou visão, madisoniano os autores querem designar a crença, insculpida nas instituições liberais, de que é possível controlar o Poder Executivo e impedir a concentração de poderes em suas mãos através do controle mútuo exercido pelos demais ramos do governo (i.e., Legislativo e Judiciário). Este modelo é teoricamente inspirado pelo pensamento econômico clássico, que defende que os indivíduos, ao promoverem seus próprios interesses, acabará por incentivar uma competição/concorrência que gera benefícios para todos. Segundo Posner e Vermeule (2010, pp. 19-20), “o controle mútuo entre as instituições surge porque os interesses e ambições individuais dos agentes administrativos dá a eles incentivos para promover o poder das instituições que eles ocupam, [...] quando isso ocorre, as instituições vão empreender um processo de competição política, de modo que ‘ambição irá neutralizar ambição’”.

Apesar da pretensão legal de regular em todos os aspectos a ação executiva, é inevitável que surjam uma série de buracos negros ou cinzentos na legislação²² (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 89). Tratam-se de espaços que, explícita ou implicitamente, isentam a Administração de qualquer tipo de controle, espaços de exceção que são inevitáveis no Direito Administrativo (POSNER; VERMEULE, 2010, pp. 91-2).

A existência destas lacunas não decorre de problemas lógicos, mas sim de capacidades institucionais (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 105). Por capacidades institucionais se quer designar a ideia de que toda decisão “deve levar a sério as capacidades reais de tomadores de decisão e os efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma certa postura decisória” (LEAL; ARGUELHES, 2016, p. 197).

Na visão de Posner e Vermeule (2010, p. 105), os buracos são resultado de uma disposição do legislador em manter padrões abertos que possam ser ajustados de modo a tornar o controle sobre eles mais ou menos intenso de acordo com as circunstâncias. Assim, estes parâmetros frouxos²³ serão aplicados por magistrado dispostos à fazer uma deferência em favor da Administração.

A deferência judicial, lecionam Posner e Vermeule (2010, p. 106), decorre de razões pragmáticas e não conceituais. Os juízes se curvam à Administração porque entendem que ela possui melhores informações do que eles, porque estão cientes de sua possível falibilidade e porque temem gerar atrasos na implementação de políticas públicas, caso exerçam controle sobre elas.

Há, portanto, uma tendência inevitável de auto-restrição judicial no controle dos atos administrativos que mantém formalmente a possibilidade de supervisão do Judiciário, embora desprovida de qualquer substância (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 106). É este quadro que sustenta a afirmação de Vermeule de que “o longo arco do direito se inclinou em deferência [...] ao Estado administrativo” (VERMEULE, 2016, p. 1).

Esta deferência não decorre de fatores externos ao direito; pelo contrário, “a principal justificativa para a esta abnegação cada vez mais crescente não é política, mas jurídica e interna” (VERMEULE, 2016, 23). A abnegação do direito é baseada em “um raciocínio jurídico adequado”, de modo que representa não o triunfo da força do Estado administrativo, mas sim um “florescimento da razão” (VERMEULE, 2016, pp. 8 e 24).

Vermeule traça seu argumento a partir de um caso da jurisprudência norte-americana: *Crowell v. Benson*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1932. Tratava-se da discussão sobre

²² Como exemplo de um buraco negro, Posner e Vermeule (2010, p. 94) destacam as decisões da Suprema Corte que entenderam pela inaplicabilidade do APA (*Administrative Procedure Act*), lei que regula a Administração Pública Federal nos EUA, ao Presidente da República, por entender que a presidência não se enquadra na definição de “agência” prevista no § 551 da lei. Assim, buracos negros são aquelas situações em que o legislador deliberadamente optou por deixar fora do enfoque da legislação, afastando a revisão do ato ou agência por outros poderes. Os buracos cinzentos são ainda mais censuráveis na visão dos liberais: são disposições que só aparentemente restringem a ação executiva, porque carecem de qualquer proteção substantiva (POSNER; VERMEULE, p.89). Um exemplo citado pelos autores é a possibilidade da Administração dispensar a participação pública na atividade reguladora das agências, com base na “justa causa”, sempre que ela “for impraticável, desnecessária ou contrária ao interesse público” (5 US Code § 553). A interpretação dada pelas cortes para a expressão reduziu sua incidência a tal ponto que ela se tornou tão vaga quanto os administradores acharem necessário (POSNER; VERMEULE, 2010, pp.99-101).

²³ *Loose standards*, no original.

a constitucionalidade de uma lei que dava competência para um tribunal administrativo decidir sobre pedidos de indenizações de trabalhadores que exerciam atividades em águas navegáveis.

A opinião da Corte foi redigida pelo *Chief Justice* Hughes que tentou "domesticar o Estado administrativo", adaptando-o às exigências de juristas que viam com apreensão a ascensão da burocracia (VERMEULE, 2016, p. 25). Para Hughes, haveria uma proeminência do controle judicial sobre questões de direito e "deferência substancial em questões discricionárias de escolha política" (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 136).

Na visão de Vermeule, esta tentativa de conciliação fracassou. Os tribunais foram pouco a pouco abandonando as salvaguardas sugeridas por Hughes, especialmente a possibilidade de revisar questões jurídicas (VERMEULE, 2016, p. 27). Criou-se, então, uma jurisprudência que tornou rotina a deferência judicial à interpretação legal proveniente da Administração (VERMEULE, 2016, p. 30).

Esta jurisprudência foi consolidada pela Suprema Corte no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, de 1984. Trata-se do precedente que reconhece a deferência judicial às decisões da Administração no que diz respeito à interpretação de normas legais²⁴ (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 105). A opinião da Corte, redigida pelo Justice John Paul Stevens dividia a revisão judicial em um teste de dois passos²⁵.

No primeiro passo, o magistrado deveria analisar se a lei permitiria mais do que uma interpretação. Se a lei for inequívoca, o juiz deve conformar a interpretação da Administração ao comando legislativo. Por outro lado, se a lei der margem a mais do que uma interpretação, cabe ao magistrado verificar, no segundo passo, se a interpretação da agência é admissível. Se for, ele deve se curvar à interpretação dada pela agência (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 168).

Segundo Stevens:

[...] a interpretação da Administração representa uma acomodação razoável de interesses manifestamente em conflito e tem direito à deferência: a regulação é técnica e complexa, a agência considerou a questão de maneira detalhada e razoável e a decisão envolve a reconciliação de políticas conflitantes. O Congresso buscou atender a ambos os interesses, mas não no nível de especificidade apresentados por estes casos. Talvez aquele poder conscientemente desejou que a Administração se ocupasse de atingir esse equilíbrio, imaginando que ela, dotada de maior *expertise* e responsabilidade estaria em melhores condições para isso; talvez sequer tenha considerado a questão neste nível; ou talvez o Congresso era incapaz de forjar uma coalizão para ambos os lados da questão, e aqueles de cada lado

²⁴ O caso girava em torno do *Clean Air Act*, uma legislação de 1977 que tinha por objetivo manter um padrão de qualidade do ar nos Estados Unidos. A lei exigia uma nova licença sempre que uma "fonte estacionária" (*stationary sources*) de poluição do ar fosse construída ou modificada por uma empresa. Antes da Administração Reagan, a EPA (*Environmental Protection Agency*) considerava que uma "fonte" estacionária era qualquer dispositivo capaz de emitir poluição em uma planta industrial. Posteriormente, no entanto, a mesma agência adotou um entendimento ampliando o conceito de "fonte estacionária", de modo a corresponder a uma planta industrial por inteiro. Ou seja, a empresa poderia instalar novas fontes de poluição ou mesmo as modificar sem a necessidade de novas licenças. A nova interpretação da agência foi questionada por ambientalistas, que alegaram que ela não correspondia com a finalidade da lei. Ao julgar o caso, o Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia se pronunciou favoravelmente aos ambientalistas. Para o tribunal, muito embora não houvesse clareza no significado de "fontes estacionárias", a interpretação ampliada adotada pela agência frustraria o objetivo da lei, que era garantir a melhoria da qualidade do ar. A controvérsia chegou à Suprema Corte após recurso da Chevron USA Inc.

²⁵ A opinião da Corte está disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>

resolveram deixa-la a cargo da decisão da agência. Para as finalidades judiciais, não importa qual destas coisas ocorreu.

Ao se referir à decisão reformada, o *Justice Stevens* apontou que seu erro jurídico básico foi “adotar uma definição jurídica estática do termo ‘fonte estacionária’ quando já havia decidido que o Congresso não se ocupou desta definição”. *Stevens* afirmou que “juizes não são *experts*”, não lhes cabendo decidir sobre questões técnicas com “base em suas preferências políticas pessoais”.

Para Vermeule (2016, p. 201), a deferência *Chevron* desempoderou advogados e magistrados ao permitir que a Administração escolhesse entre diversas políticas públicas possíveis, sem a necessidade de buscar por uma resposta jurídica correta. O espaço de decisão deve ser ocupado pelos especialistas, servidores públicos e políticos responsáveis pela elaboração da política pública (VERMEULE, 2016, p. 201).

Os principais fundamentos da decisão são a *expertise* e *accountability* política (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 106). A deferência *Chevron* parte da ideia de que a decisão judicial pode “subtrair valor do sistema institucional de tomada de decisão no Estado administrativo” (VERMEULE, 2016, p. 212). Isto porque eles carecem de uma visão comparativa de valores públicos e geralmente não entendem as consequências do estão julgando²⁶.

Ou seja, a lei foi colocada à margem no Estado administrativo porque os juizes e advogados deixaram de ver os tribunais como agentes centrais e passaram a aceitar outras instituições como os principais decisores (VERMEULE, 2016, p. 210). A questão deixa de ser “qual a decisão correta?” e passa a ser “dada a decisão proferida por outras instituições, o que uma camada de revisão judicial pode acrescentar?” (VERMEULE, 2016, p. 210).

Vermeule (2016, p. 59) está ciente de que existe a possibilidade de abuso ou erro por parte da Administração, mas este risco deve ser aceito. Afinal, é muito custoso minimizar o abuso de poder por parte dos administradores. Além disso, deve se considerar que essa exigência de minimizar o abuso vai contra os objetivos do próprio Estado administrativo.

É que para atuar na redução da pobreza, na saúde, na segurança, no meio ambiente e na proteção do consumidor, certo risco de abuso público deve ser tolerado, justamente para prevenir abusos “privados”²⁷ (VERMEULE, 2016, p. 58). O Estado administrativo moderno é uma estrutura muito diferente daquela estudada pelos teóricos do século XXVIII, especialmente na economia (VERMEULE, 2016, p. 59).

Para atingir seus objetivos, “o Estado foi forçado a, querendo ou não, acelerar o grau de ajuste de suas políticas públicas” (VERMEULE, 2016, p. 59). O principal meio de alcançar esta adaptação é pela delegação de cada vez maiores competências ao Executivo, “aceitando o risco de erros e abusos dela resultante” (VERMEULE, 2016, p. 59).

²⁶ Vermeule (2016, pp. 212-3) denomina o primeiro aspecto de racionalidade de “*accountability* política” da deferência *Chevron* e o segundo aspecto de racionalidade de *expertise* da deferência *Chevron*

²⁷ Segundo Vermeule (2016, p. 58), tratam-se de “abusos efetuados por meio de um comportamento egoísta de atores econômicos que exercem poder público delegado através das regras do direito de propriedade, responsabilidade civil e direito corporativo”.

Vermeule chega a sugerir que o Judiciário tem boas razões para deixar de exigir que determinadas decisões da Administração sejam justificadas quando estas decisões são tomadas em uma situação de incerteza. Segundo o autor, existe uma categoria de decisões em que ser arbitrário é ser racional, simplesmente porque não existem razões de primeira ordem que possam servir de justificativa à decisão (VERMEULE, 2017, p. 8).

Vermeule (2016, p. 143) ilustra seu argumento citando uma decisão de 2007 do *Fish and Wildlife Service* que pretendia retirar o urso-pardo de Yellowstone da lista dos animais ameaçados. Desde de 1975 a agência vinha registrando um aumento na população da espécie, razão que justificaria a exclusão. No entanto, foi alegado que a espécie poderia entrar em declínio novamente pela diminuição do pinheiro-branco, importante fonte de alimentação dos ursos.

Apesar da ameaça ter sido reconhecida pela agência, ela alegou que não havia certeza quanto ao declínio ou não do pinheiro-branco. Mais ainda, as consequências deste declínio em relação aos ursos-pardos também eram incertas porque estes animais são notoriamente adaptáveis com relação a suas fontes de alimentos e que outras populações de ursos-pardos apareceram, apesar da ausência de pinheiro-branco (VERMEULE, 2016, p. 144).

Não obstante, a decisão da agência foi derrubada pelo Judiciário, que considerou que ela era arbitrária pela ausência de evidências claras que demonstrassem a estabilidade da população de ursos-pardos em face a declínios do pinheiro-branco (VERMEULE, 2016, p. 144). O fato é que tampouco existiam evidências do contrário ou mesmo qualquer procedimento para obter essa informação cujos custos se justificassem. Como observa Vermeule (2016, p. 144):

A fundamentação da corte, na verdade, exigia da agência uma premissa conservadora ou pessimista acerca das consequências sabidamente incertas das reduções de pinheiro-branco, enquanto a agência havia escolhido uma premissa otimista. O primeiro não tem nenhuma prioridade analítica ou legal sobre o segundo; logo, o tribunal deveria ter mantido a decisão da agência.

Não motivo para acreditar que os tribunais estão mais bem preparados para estabelecer os parâmetros de qualquer política pública do que a Administração (VERMEULE, 2016, p. 145). Daí porque é correto esperar uma posição de restrição na revisão judicial. O Judiciário deve levar em consideração que limitações de tempo, informação e recursos impõe à Administração razões para agir de forma imprecisa, irracional ou arbitrária (VERMEULE, 2016, p. 187).

Como se evidencia, Vermeule é um entusiasta da discricionariedade e um defensor do Estado administrativo. Para ele, uma Administração forte é essencial para promover o bem comum e o bem-estar humano (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 176). Por conta disso, ele rejeita as tentativas de submeter à Administração ao controle judicial ou legal, seja porque são ineficazes ou porque são contraproducentes.

No entanto, não deve se acreditar que Vermeule descarte qualquer tipo de controle sobre a Administração Pública. Ao invés de ideais abstratos e retóricos, como legalidade e separação de

poderes, o jurista norte-americano verifica que a Administração está sempre sujeita ao controle pela política e pela opinião pública²⁸ (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 12).

Como coloca Vermeule (2016, p. 145), ao decidir em situações de incerteza genuína, a Administração age nos limites da razão. O acerto ou equívoco de suas decisões deve estar sujeito ao crivo da opinião pública, que, com o passar do tempo, poderá julgar se elas agiram com excessivo otimismo ou pessimismo. “Enquanto isso”, adverte Vermeule (2016, p. 145), “tribunais devem deixar a agência decidir”.

4. O ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A ADI Nº 4.874/DF

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a tese da existência de um Estado administrativo é pacificamente aceita no Brasil, ainda que tenha assumido uma forma distinta. O texto constitucional aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte em 1988 atribuiu à Administração Pública tantas tarefas que é impossível conceber sua implementação sem a existência de um complexo aparato governamental.

O Estado administrativo brasileiro começa a se estruturar a partir dos anos 1930, durante o primeiro governo Vargas. A crescente complexidade do sistema econômico brasileiro, complexidade que exigia algo além de lei e ordem, criou uma “demanda específica de maior racionalização na administração pública” (LAFER, 2002, p. 70). Neste contexto, era imprescindível romper com cartorialismo²⁹ até então vigente, criando-se uma forte estrutura burocrática.

Uma das grandes inovações da reforma promovida neste período é a introdução de um sistema de mérito para acesso aos cargos públicos. A importância dada à criação de um funcionalismo baseado em critérios de meritocracia era tal que ela foi incorporada entre as disposições da Constituição de 1934 (LAFER, 2002, p. 71). Também foi criado o Conselho Federal de

²⁸ Em obra mais recente, redigida em conjunto com Sunstein, Vermeule (2021) defende que as decisões da Administração devem estar de acordo com determinados princípios de moralidade jurídica interna, que ao mesmo tempo restringem e fortalecem o Estado administrativo. Segundo os autores, a Suprema Corte norte-americana, longe de estar a caminho de anular a deferência *Chevron*, tem se posicionado no sentido de “canalizar a discricionariedade de ação por meio de princípios procedimentais substitutos e uma revisão completa para garantir que as declarações das agências fossem congruentes com suas motivações e comportamentos reais” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 30). Ao optar por salvaguardas indiretas ao invés da “invalidação total ou de uma revisão substantiva agressiva”, a Corte Roberts “resgatou a legitimidade do Estado administrativo ao mesmo tempo que reconheceu as queixas de seus críticos” contra a discricionariedade excessiva nas ações governamentais (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 35). Trata-se de um compromisso do autor com uma versão débil de Estado de direito que torna aceitável o Estado administrativo aos seus críticos.

²⁹ A expressão foi cunhada por Hélio Jaguaribe em num artigo publicado em 1950. Estado “cartorial”, para o sociólogo (2010), designava “um Estado caracterizado pelo fato de que as funções públicas, embora se apresentando como atividades orientadas para a prestação de determinados serviços à coletividade, ou seja, determinados ‘serviços públicos’ são, na verdade, utilizadas, se não mesmo concebidas, para assegurar empregos e vantagens específicas a determinadas pessoas e grupos”. O “cartorialismo” corresponde a um “compromisso pelo qual as elites dominantes, através do cooptação, colocaram a classe média na administração pública, que funcionava para outorgar legitimidade ao sistema” (LAFER, 2002, p. 32).

Serviço Público, que ficou encarregado da implantação de concursos imparciais e objetivos, bem como de regulamentar promoções³⁰ (MOURA, 2016, p. 381).

A tendência à centralização administrativa ficou explícita já no ato que instituiu o governo provisório, que impedia o controle judicial dos atos do Executivo (GUERRA, 2017, p. 141). A palavra de ordem do novo regime era a “racionalização” da administração pública, o que exigia um Executivo forte e uma estrutura burocrática essencialmente hierarquizada (PEREIRA, 2007, p. 15). Somente assim se poderia aumentar a eficiência e eliminar o nepotismo e a corrupção.

Ao mesmo tempo, importantes autarquias foram criadas, especialmente para conter os efeitos da Crise de 1929 sobre a economia brasileira e para direcionar atividades econômicas³¹ (GUERRA, 2015, p. 69). Segundo Pereira (1996, p. 121), “temos um primeiro sinal de administração pública gerencial”, a partir do reconhecimento de que os serviços públicos na administração indireta deveriam ser descentralizados.

No entanto, a tentativa de adoção de um modelo burocrático-racional nas décadas de 1930 e 1940 não logrou o êxito pretendido. A preocupação com a racionalidade dos meios colocou em segundo plano a realização dos fins, gerando políticas públicas ineficientes. O patrimonialismo, contra o qual a administração pública burocrática se instalara, não foi superado, tendo se transformado em clientelismo e fisiologismo durante as décadas seguintes (MOURA, 2016, p. 384).

Assim, em 1967, durante o regime militar, a administração pública brasileira passará por uma segunda reforma. Seu marco legal será o Decreto-Lei nº 200, que tentou superar a rigidez burocrática, com ênfase na descentralização por meio da autonomia da administração indireta (PEREIRA, 1996, p. 12). Esta, então, é exercida por outras pessoas jurídicas, que não o Estado, com autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (GUERRA, 2015, p. 74).

O Estado administrativo tinha assumido feições daquilo que Moreira (2017, p. 162) denominou de Estado-empresário, que já vinha sendo esboçado na Constituição de 1946. Os esforços para a industrialização e, conseqüentemente, para o desenvolvimento do País exigiam que o Poder Público se tornasse um dos principais agentes econômicos, constituindo, para tanto, empresas estatais voltadas à exploração de atividades econômicas e instituições de fomento para empresas privadas³² (MOREIRA, 2017, p. 163).

Esta tarefa exigia planejamento, descentralização e controle de resultados, que foram incorporados como princípios da administração pública reformada (PEREIRA, 1996, p. 13). Todavia, ainda que a subordinação tenha sido substituída pela vinculação, a administração indireta permanecia sob dependência do chefe do Poder Executivo (GUERRA, 2015, p. 75). Afinal, ele detinha o poder de avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal (GUERRA, 2017, p. 143).

³⁰ Em 1938, o Conselho Federal de Serviço Público foi incorporado pelo Departamento de Administração e Serviço Público.

³¹ Entre as autarquias citadas por Guerra (2015) estão: o Instituto de Açúcar e Alcool – IAA, o Departamento Nacional de Café, posteriormente transformado no IBC, o Instituto Nacional do Mate – INM, o Instituto Nacional do Sal – INS e o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

³² Citando Lago, Moreira (2017, p. 164) destaca que entre 1967-1973 foram criadas 231 novas empresas públicas no Brasil, sendo 175 na área de serviços, 42 na indústria de transformação, 12 em mineração e 2 na agricultura.

A crise econômica dos anos subsequentes e o surgimento de novas tecnologias forçaram uma nova reforma da estrutura do Estado brasileiro. O Estado era agora visto como “um grande e excêntrico empresário”, sem controles adequados e desprovido de recursos para desempenhar com eficiência suas atribuições (MOREIRA, 2017, p. 167). As práticas de clientelismo e fisiologismo seguiam constantes, sendo até mesmo impulsionadas pelo autoritarismo (PEREIRA, 1996, p. 13).

A solução adotada diante deste quadro foi transferir amplas atribuições estatais para entes privados, seja por *despublicatio* absoluta³³, seja por meio de contratos³⁴ (MOREIRA, 2017, p. 167). Contudo, esta transferência impõe ao Estado um dever de fiscalização para garantir a adequada prestação destes serviços aos usuários: o Estado “deixa de empreender e passa a *regular* e a *garantir*” (MOREIRA, 2017, p. 168).

Nesta perspectiva, a nova reforma administrativa prestigiou um modelo gerencial, calcado na criação de agências autônomas, aproximando-se do modelo norte-americano (GUERRA, 2017, p. 145). Assim, pretendia-se esvaziar “a forte centralização de poder nas mãos da Administração Direta” (GUERRA, 2017, p. 146). Foram criadas onze autarquias especiais³⁵, com órgãos colegiados, dirigentes com mandato fixo, recursos orçamentários próprios e independência decisória.

Na visão de Binjenbojm (2008, p. 255), o regime diferenciado das agências brasileiras “consiste no amálgama entre *autonomia reforçada* e *concentração de funções públicas*, normalmente distribuídas entre os poderes do Estado”. A autonomia reforçada decorre da independência política³⁶, decisória³⁷, normativa³⁸ e orçamentária-financeira de que dispõe, diferentemente das autarquias ordinárias (BINENBOJM, 2008, p. 256).

Por outro lado, as agências concentram funções que, tipicamente, deveriam estar “pulverizadas entre os poderes do Estado”. Como agentes de fiscalização, exercem poder de polícia, inclusive com a aplicação de sanções. Além disso, no entanto, possuem também função judicante, dirimindo

³³ Privatização material, que implica na transferência da titularidade de bens e serviços a pessoas privadas, por tempo indeterminado.

³⁴ Privatização forma, que implica na transferência, por prazo determinado, da atividade estatal para particulares com autonomia de gestão dos bens e serviços delegados.

³⁵ São elas: 1) a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/1997); 2) a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/1996); 3) a Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/1997); 4) a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/1999); 5) a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000); 6) a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984/2000); 7) a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei nº 10.233/2001); 8) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (também criada pela Lei nº 10.233/2001); 9) a Agência Nacional de Cinema – ANCINE (MP nº 2.219/2001); e 10) Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei nº 11.182/2005). Além destas, foi criada, em 2017, a Agência Nacional de Mineração – ANM (Lei nº 13.575/2017).

³⁶ A independência política decorre do fato de que os dirigentes destas agências, nomeados pelo Chefe do Executivo com aprovação do Legislativo, possuem mandato com termo fixo e estabilidade temporária no cargo, de modo que não podem ser demitidos *ad nutum*. O tema foi, inclusive, objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 1.949/RS) julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal. Nela se requeria a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal que garantia a estabilidade provisória dos dirigentes de uma agência reguladora do Estado do Rio Grande do Sul.

³⁷ A independência decisória indica que as decisões técnicas das agências estejam submetidas a recurso hierárquico impróprio, o que impede sua revisão por Ministérios ou mesmo pelo Presidente.

³⁸ As agências possuem poder normativa para regular as matérias necessárias à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle.

controvérsias em que o poder concedente é parte ou mesmo entre particulares (BINENBOJM, 2008, p. 262).

Como observa Otero (2003, p. 329), esta função inaugura uma nova dimensão do direito administrativo porque põem em xeque o tradicional modelo bilateral, que opunha o particular à Administração Pública. Agora a Administração Pública disciplina e controla situações jurídicas entre particulares, sem ser parte na relação, numa posição bem próxima àquela exercida pelo Poder Judiciário³⁹.

Por fim, as agências possuem ampla competência normativa em relação aos setores que regulam, por conta do amplo grau de generalidade e abstração das leis que as criam (BINENBOJM, 2008, p. 264). Assim, lhes é possível produzir normas que inovam o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações para particulares, além de estabelecer proibições, tudo sem o crivo do legislador ordinário⁴⁰.

Ainda que o projeto de adoção do modelo norte-americano de agências tenha sido apenas modestamente implementado no Brasil, é de se reconhecer que ele implicou em sérias dificuldades para o direito brasileiro. Há dúvidas, por exemplo, sobre suas credenciais democráticas, já que seus administradores não se submetem ao processo de *accountability* eleitoral (BINENBOJM, 2008, p. 274).

Outra crítica de destaque é com a sua compatibilidade com uma tradição constitucional que se ampara fortemente no princípio da separação entre os poderes. Afinal, como dito acima, as agências acumulam todas as funções estatais (legislativa, executiva e jurisdicional) nas mesmas mãos, o que corresponderia à própria definição de tirania proposta por Madison (1993, pp. 331-2).

É no bojo desta discussão que se insere a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). A finalidade da autora era que a Corte reconhecesse a incompatibilidade de dispositivos⁴¹ da Lei nº 9.782/1999 que atribuem poderes normativos à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA com o texto constitucional.

Amparada nos referidos dispositivos, a agência publicou ato normativo de caráter genérico e abstrato, a Resolução nº 14/2012, proibindo a importação e comercialização de produtos fumígenos com adição de aroma e sabor. Para a CNI, a Constituição Federal veda a delegação de poder normativo desacompanhada de critérios claros e obrigatórios para o seu exercício, já que isso implicaria na violação dos princípios da separação entre os poderes e da legalidade.

³⁹ Em sentido contrário, Guerra (2015, p. 83) defende que, “no que se refere à função judicante, o modelo brasileiro é bem diferente do norte-americano”. No Brasil, esta função se relaciona com uma decisão administrativa que é resultado de um processo administrativo sujeito ao controle jurisdicional pleno. Nos Estados Unidos, pelo contrário, “a função judicante (*adjudication*) aproxima-se do sistema jurisdicional”, dispondo as agências de amplos poderes instrutórios.

⁴⁰ Aragão (2000, p. 289) fala inclusive de uma “delegificação”, ou seja, “na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa [i.e., a agência] a regulação de determinada matéria”.

⁴¹ Os dispositivos impugnados são os incisos III e XV do art. 7º da lei. O inciso III atribui à agência a competência de “estabelecer normas” e o inciso XV lhe dá competência para “proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso [...] de risco iminente à saúde”.

A autora da ação requereu então que o Tribunal estabelecesse interpretação conforme à Constituição dos dispositivos legais impugnados para impedir a agência de estabelecer proibições genéricas, limitando sua competência ao exercício de poder de polícia sanitário. Postulou também, como pedido sucessivo, a inconstitucionalidade por arrastamento da referida resolução.

O Tribunal julgou o pedido principal improcedente, entendendo, nos termos do voto da relatora, Min. Rosa Weber, que entendeu que não havia ofensa à legalidade ao se atribuir poder normativo às agências reguladoras⁴². Na opinião da ministra, é possível fazer uma distinção entre poder legislativo e poder normatizador, sendo que somente o segundo, e jamais o primeiro, é passível de delegação. Segundo a relatora:

Embora não caiba às agências legislar, lhes compete, sim, promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. Poder normativo, repito à exaustão, não é poder legislativo: a abertura ou indeterminação de conceitos empregados nos textos normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade.

No que consiste este “poder normatizador” não é suficientemente delineado no voto condutor. Dele se depreende que a agência, ao normatizar, não pode inovar no ordenamento jurídico. Isto porque, em “absoluto se admite [...] a delegação pura e simples à Administração, a criação *ad nutum* de uma figura infracional, por portaria ou resolução, com a imposição da correspondente sanção”.

Ocorre que a ANVISA, ao proibir a importação e comercialização de derivados do tabaco com aroma e sabor, sem dúvida alguma inovou o ordenamento jurídico brasileiro, visto que tal proibição não possuía lastro legal. Para contornar esta dificuldade, que aliás é apontada pelo Min. Moraes em seu voto de divergência, a relatora apelou ao “propósito manifesto do legislador”.

Para ela, a atuação normativa do agente regulador é legítima “sempre que capaz de ser justificada como a integração de uma evidente escolha legislativa”. Se a responsabilidade pela decisão política é indelegável, o mesmo não se pode dizer da escolha dos meios necessários para a persecução da política delineada pelo legislador.

Assim, o poder normativo é atribuído à agência como um instrumento para que ela aja na “implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial”. A função regulatória seria, então, pelo seu viés técnico, qualitativamente diferente da legislação, não lhe sendo inferior ou exterior⁴³.

⁴² Neste momento, optamos por analisar exclusivamente o voto da relatora. É de se observar, no entanto, que ele não pode ser traduzido como uma “opinião da corte”, ao modo do que acontece no direito norte-americano. Não há uma opinião coletiva, uma vez que cada ministro decide em conformidade com seus próprios argumentos, de modo que é “praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada” (RODRIGUEZ, 2013, 82). Posteriormente, analisaremos também um dos votos divergentes, pelos mesmos motivos.

⁴³ Também para Vermeule (2016, 77), ao estabelecer regulamentos, a agência está exercendo poder executivo, nada além disso. Quando uma agência cria uma “regra legal”, ela o faz nos limites da lei que lhe garante autoridade, especificando a política pública legalmente instituída. Deste modo, quando regula ou julga, a agência atua ainda como poder executivo, ainda que estas atividades assumam a forma legislativa ou jurisdicional (VERMEULE, 2016, p. 78).

Como a Constituição brasileira consagrou a saúde como direito fundamental e dever do Estado, infere a relatora que é cabível a intervenção da Administração para tomar medidas voltadas aos usuários de substâncias causadoras de dependência. Tal intervenção é ainda mais legítima quando se verifica que o legislador ordinário historicamente tem discutido normas legais visando coibir o uso de derivados do tabaco.

A ministra inclusive rende homenagem ao precedente do caso *Chevron* afirmando que:

[...] uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição.

Como se vê, a Ministra Rosa Weber optou por conduzir seu voto em direção à deferência, num típico caso em que há aquilo que Vermeule designou de abnegação do direito. O que o voto da Ministra Weber deixa antever é uma postura de deferência para com a Administração Pública. É o reconhecimento de existem razões pragmáticas para que o Legislativo delegue às agências amplos poderes normativos.

Trata-se de uma análise de custo-benefício: o legislador acredita que a Administração possui melhores informações e maior expertise para lidar com a regulação de determinadas áreas de interesse público. Logo, concede à estas agências uma maior capacidade de atuação, mesmo que isso possa implicar, à primeira vista, em ofensa ao imaculado princípio da separação de poderes.

O mesmo raciocínio se aplica para justificar a deferência do Judiciário em relação aos atos da Administração. A questão é saber se um controle judicial rígido adiciona valor ao sistema de tomada de decisões do Estado administrativo. Para Vermeule (2016, p. 212), a resposta é claramente negativa. Não há razões para acreditar que devemos deslocar a interpretação bem informada e razoável da Administração em favor daquela que o juiz considera ser a “verdadeira”.

A maioria obtida pelo voto da Ministra Weber, no entanto, está longe de indicar uma postura de retração do Judiciário em matérias que envolvam à Administração Pública. O próprio resultado do julgamento da ADI nº 4.874 aponta nesta direção. Afinal, muito embora a maioria da Corte tenha se pronunciado pela constitucionalidade da lei que atribui poder normativo à ANVISA, não houve maioria para reconhecer a constitucionalidade da resolução impugnada.

A divergência residia justamente na interpretação sustentada pela agência de que os aditivos proibidos representariam “risco iminente à saúde”, nos termos do art. 7º, XV, da Lei nº 9.782/1999. Para 5 ministros da Corte, a ANVISA não teria obtido sucesso em demonstrar este risco, que era o

pressuposto da delegação legislativa⁴⁴. O Ministro Fux, porém, foi além do debate sobre a observância do princípio da reserva legal.

Recorrendo, como todo bom neoconstitucionalista, à técnica da ponderação⁴⁵, o Ministro Fux adentra na discussão sobre o próprio mérito da medida administrativa. Para ele, a política pública empregada pela agência era desproporcional, primeiro porque não haveria “implicação lógica entre a redução do consumo e o desestímulo à iniciação ao consumo de cigarros” (teste da *adequação*).

Depois, o ministro argumenta que políticas de informação e campanhas de conscientização seriam “menos onerosas à livre iniciativa e igualmente hábeis a alcançar o propósito almejado” (teste da *necessidade*). Por fim, efetuando uma análise custo-benefício da medida restritiva (teste da *proporcionalidade em sentido estrito*), o voto do ministro aponta os efeitos negativos da proibição, que afetaria a disponibilidade de empregos e a comodidade oferecida à população.

Cumprir destacar que a análise proposta pelo ministro não se baseia em nada além de sua própria opinião. Ele não apresenta dados ou estudos que comprovem sua afirmação, sustentando-a apenas com o senso comum. Na verdade, todo o recurso à ponderação nada mais é do que uma forma de mascarar o fato de que o magistrado está substituindo as razões da Administração Pública por suas próprias convicções pessoais.

Ora, esta postura ativista é especialmente danosa para a formação de uma estrutura administrativa capaz de atender às exigências das sociedades modernas. Submeter as decisões da Administração a um rígido controle judicial implica não apenas em um déficit democrático (juízes não estão sujeitos à *accountability* eleitoral), mas especialmente um déficit qualitativo, uma vez que os magistrados, na maioria das vezes, não possuem as informações necessárias para a implementação de políticas públicas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Marx (2011, p. 25) advertia que a “tradição de todas as gerações passadas é como um pesadelo que comprime o cérebro dos vivos”. Muito embora não exista mais o antagonista contra quem se levantou os princípios da separação de poderes e da legalidade, ambos permanecem vivos no imaginário dos juristas modernos quando estes se deparam com a realidade do Estado administrativo.

O apego do liberalismo pelo controle legal do Executivo se justificava dentro do contexto da luta política travada contra o Absolutismo e contra a monarquia. Depostos seus inimigos e

⁴⁴ Nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência quanto ao pedido sucessivo, “a ANVISA desrespeitou duplamente o princípio da legalidade e os standards fixados pelo Congresso Nacional. Primeiramente, por classificar esse produto genericamente na condição de risco iminente a saúde (Inciso XV, do Art. 7º da Lei 9.782/99), quando a própria legislação expressamente o classifica como produto que ‘envolve risco a saúde pública’. E, a partir da primeira ilegalidade, determinar a vedação absoluta de sua utilização, comercialização e importação, quando também a legislação expressamente autoriza, como regra, mas prevê diversas restrições”.

⁴⁵ Inicialmente desenvolvida como um método que tinha como meta terminar com “a arbitrariedade (consequentemente o ativismo dos princípios) e atacar o subjetivismo judicial nos casos difíceis” (MOREIRA, 2014, p. 98), a ponderação acabou, no Brasil, afrouxando “o dever dos juízes de decidirem de acordo com as normas jurídicas vigentes, abrindo espaço para a discricionariedade e o arbítrio” (GALVÃO, 2012, p. 192).

consolidado o Estado democrático, este ideal deve ser compreendido como “um ídolo implacável, surdo para todas as demais considerações e bens com os quais o direito deveria se preocupar” (VERMEULE, 2016, p. 69).

Como afirmamos acima, existem razões justificadas para que se flexibilize os mecanismos de restrição à Administração Pública. Na visão de Vermeule, os próprios juristas se deram conta que o melhor a fazer é deixar o Poder Público livre do excesso de amarras legais, privilegiando a qualidade na tomada de decisões em detrimento do risco de abuso de poder.

A tese da deferência ao Estado administrativo parece consolidada no direito norte-americano. Vermeule demonstra como a jurisprudência da Suprema Corte foi, precedente após precedente, construindo a base para o reconhecimento de amplos poderes à Administração, em especial às agências reguladoras. Esta base continua sólida, mesmo diante dos ataques dos seus críticos e das recentes alterações na composição do tribunal.

No direito brasileiro, entretanto, o quadro é ainda nebuloso. Lá e acolá, e em especial nas cortes superiores, denota-se uma postura judicial que timidamente reconhece a tese da deferência. Mas existe ainda um forte perfil de intervenção judicial no âmbito administrativo, que não nos permite ainda sustentar, como faz Vermeule, que haja uma abnegação por parte do direito.

O julgamento da ADI nº 4.874, muito embora constitua um marco na discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, deixou em aberto a questão da deferência. Apenas os ministros Rosa Weber, relatora do caso, e Luiz Fux se pronunciaram expressamente sobre a questão, sustentando, todavia, posições bastante diversas entre si.

A Ministra Weber destacou a ideia de deferência para conferir mais discricionariedade as agências, declarando *em passant* que o Poder Judiciário não poderia substituir a interpretação que agência faz de seu próprio estatuto legal. Fux, por sua vez, falou em deferências, mas admitiu o controle judicial quando a solução técnica “possa ser equacionada de várias maneiras possíveis e proporcionais”.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito*. In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 37, n. 148, 2000, pp. 275-299.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FERREIRA, Bernardo. **O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.
- FRANCO DE SÁ, Alexandre. **Poder, direito e ordem: ensaios sobre Carl Schmitt**. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GUERRA, Sérgio. *Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?* In GUERRA, Sérgio (org.). **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015.
- GUERRA, Sérgio. *Separação de poderes, Executivo unitário e Estado administrativo no Brasil*. In **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, 1, 2017, pp. 123-152.
- JAGUARIBE, Hélio. *Estado Cartorial (verbetes)*. In AULA, Christiane Jalles de; LATTMAN-WELTMAN, Fernando (Coord.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro [online]**. São Paulo: FGV, 2010. Disponível em <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/estado-cartorial> Acesso em 25 de janeiro de 2021.
- KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel – Schmitt. Le politique entre speculation et positivité**. Paris: Quadrige; PUF, 2005.
- LAFER, Celso. **JK e os programas de metas (1956-1961): processo de planejamento e sistema político no Brasil**. Tradução de Maria Victoria de M. Benevides. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.
- LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. *Dois problemas de operacionalização do argumento de 'capacidades institucionais'*. In **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, 1, 2016, pp. 192-213.
- LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. Tradução de Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Critérios de justiça**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Notas sobre o Estado administrativo: de omissivo a hiperativo*. In **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, 1, 2017, pp. 153-179.

- MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Burocracia brasileira, reforma administrativa e Estado Novo: o papel do aparato administrativo do governo Vargas*. In **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, 1, 2016, pp. 367-400.
- NEUMANN, Franz. **O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**. Tradução de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil*. In **Revista de Sociologia Política**, 28, 2007, pp. 9-30.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da administração pública burocrática à gerencial*. In **Revista do Serviço Público**, v. 120, 1, 1996, pp. 7-40.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the Madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2010.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SCHEUERMAN, William E. **Between the norm and the exception: the Frankfurt School and the Rule of Law**. Cambridge, MA; London: The MIT Press, 1994.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2019.
- SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. **La teoría de la constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado administrativo**. Tradução de Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.
- VERMEULE, Adrian. *Decisões racionalmente arbitrárias no direito administrativo*. In **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, 1, 2017, pp. 1-47.
- VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2016.
- VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.
- WALDRON, Jeremy. **Political, political theory: essays on institutions**. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2016.
- WEBER, Max. **Sociologia**. 7. ed. Organizado por Gabriel Cohn. São Paulo: Editora Ática, 2003.
- ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de direito*. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.