

O ESTADO ADMINISTRATIVO NO BRASIL: UM TRANSPLANTE JURÍDICO IMPERFEITO

ADMINISTRATIVE STATE IN BRAZIL: AN IMPERFECT LEGAL TRANSPLANT



Anna Carolina Migueis¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar ao leitor brasileiro as discussões existentes na academia estadunidense acerca da legitimidade do estado administrativo e analisar em que medida elas podem ser transplantadas para o ordenamento jurídico nacional. Após a apresentação de argumentos contrários e favoráveis ao estado administrativo norte-americano, debate-se por que a discussão não se amolda de maneira exata à realidade brasileira, com ênfase na tradição de *civil law* do sistema jurídico brasileiro, bem como no caráter analítico e no elevado teor de emendas da Constituição de 1988. Em seguida, analisa-se como a discussão estadunidense sobre o *administrative state* pode ser útil a acadêmicos pátrios, apontando-se três possíveis direções para pesquisas no contexto brasileiro: discussões sobre o poder normativo da administração pública, sobre a ascensão de órgãos autônomos e suas implicações para a teoria da separação de poderes e, principalmente, sobre a legitimidade democrática de corpos burocráticos não eleitos. O artigo adota como metodologia a análise qualitativa e a revisão crítica da bibliografia estadunidense sobre o estado administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Estado Administrativo. Estado Profundo. Originalismo. Transplantes Jurídicos.

ABSTRACT: This article aims to introduce the American discussions regarding the legitimacy of the administrative state to the Brazilian reader and analyze in which extension these debates apply to Brazil. After presenting arguments on both sides, the paper explains why the American administrative state debate cannot be fully transplanted to the Brazilian legal system, emphasizing the Brazilian civil law tradition, the analytical characteristics of the 1988 Constitution and its high levels of amendments. In the following section, the paper scrutinizes how the American administrative state doctrine can be useful for Brazilian legal scholars, presenting three possible research paths: discussions regarding administrative rulemaking, the rise of autonomous institutions and its implications to separation of powers theories and, mainly, the democratic legitimacy of non-elected bureaucratic bodies. The paper follows a methodology of qualitative analysis and critical review of the American administrative state bibliography.

KEYWORDS: Administrative Law. Administrative State. Deep State. Originalism. Legal Transplants.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O debate sobre estado administrativo nos EUA. 1.1. Os críticos. 1.2. Os defensores. 2. A importação do debate para o Brasil. 2.1. Por que a discussão não se adequa à realidade local? 2.2. O que pode ser aproveitado? 4. Conclusão. Referências

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *Visiting Fellow* na *Harvard University*. *Visiting Scholar* na *Columbia Law School*. Professora Convidada de Programas de Pós-Graduação *Lato Sensu* no Rio de Janeiro. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

SUMMARY: Introduction. 1. The debate concerning the administrative state in the United States. 1.1. The critics. 1.2. The defenders. 2. Bringing the debate to Brazil. 2.1. Why does the discussion not fit into the local reality? 2.2. What can be imported? 3. Conclusions. References.

Introdução

Na doutrina norte-americana, a expressão *administrative state* possui múltiplos significados. O termo pode ser empregado tanto para se referir às agências que integram o estado americano e exercem ampla discricionariedade na edição de normas, aplicação desses dispositivos e análise de casos concretos², quanto em alusão ao corpo de servidores públicos, ocupantes de cargos em comissão e membros de órgãos de controle que integram essas instituições. Há, também, casos em que a expressão é empregada para se referir de forma mais ampla ao conjunto organizacional formado por órgãos e entidades responsáveis por atividades administrativas, regulatórias e controladoras e pelo pessoal que as integra. Alguns autores empregam a expressão para se referir especificamente à atividade de delegação, pelo Poder Legislativo, do exercício de discricionariedade em matéria de formulação de políticas públicas às *agencies* estadunidenses³.

Nas palavras da professora da Universidade de Columbia Gillian Metzger, “*em síntese, [o estado administrativo] inclui todos os atores e atividades envolvidas em desenvolver e implementar a regulação e a atividade administrativa em todo o país – incluindo aquelas que ocorrem de maneira híbrida e ampliam limites tradicionais entre público-privado e federal-local*”⁴. Muito embora a expressão não exista na tradição jurídica brasileira, os termos mais semelhantes no cardápio jurídico brasileiro seriam (i), Administração Pública em seu sentido subjetivo, isto é, o conjunto de órgãos e entidades que integram o Estado⁵; (ii), funcionalismo

² A acepção (i) de estado administrativo vem sendo empregada nos trabalhos brasileiros referidos acima. Sérgio Guerra considera que “o Estado administrativo é, portanto, uma concepção tipicamente norte-americana e estruturada por meio de agências (executivas e reguladoras) externas ao Poder Executivo, que compõem a burocracia estatal estadunidense” (GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Institucionais, vol. 3, n. 1, 2017, pp. 123-152, p. 128. De modo semelhante, Maíra Almeida e Beatriz Scamila entendem por “Estado Administrativo o modelo de Estado estruturado por meio de agências reguladoras, do Executivo ou independentes, que desenvolve funções semilegislativas, semiexecutivas e semiadjudicatórias” (ALMEIDA, Maíra; SCAMILA, Beatriz. *Estrado Administrativo Norte-Americano e Covid-19: contexto e perspectivas*. Revista de Estudos Institucionais, v. 6, n. 3, set/dez 2020, pp. 878-903, p. 881).

³ SPENCE, David B.; CROSS, Frank. A Public Choice Case for the Administrative State. *Georgetown Law Journal*, vol. 89, n. 97. 2000/2001. pp. 97-142. p. 104.

⁴ METZGER, Gillian E. 1930s Redux: The Administrative State Under Siege. *Harvard Law Review*, vol. 131, n. 1, Nov/2017, pp. 1-95, p. 8.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

público, agentes públicos ou, mais recentemente, RH do Estado; ou (iii) delegação normativa e deslegalização⁶.

Essa equivalência, contudo, não é exata⁷. Enquanto no Brasil o conceito de Administração Pública é essencialmente orgânico, a expressão estadunidense *administrative state* carrega um significado que vai além de descrever a existência de uma série de agências e departamentos integrantes do Poder Executivo⁸. A expressão de agentes públicos e seus sinônimos se refere aos diferentes tipos de vínculos que pessoas físicas que exercem funções públicas podem deter com o Estado; trata-se, portanto, de um conceito eminentemente descritivo. Já os fenômenos da delegação e da deslegalização, no direito administrativo brasileiro, são estudados com maior intensidade no contexto das agências reguladoras.

Por sua vez, o ponto central na discussão norteamericana sobre o estado administrativo vai além de questões meramente orgânicas ou descritivas. Busca-se estabelecer, em âmbito mais prescritivo, quais são os limites da atuação de burocratas não eleitos na formulação e implementação de decisões relativas a políticas públicas, bem como seu grau de responsabilidade a agentes políticos eleitos, especialmente o Presidente da República e ao Congresso Nacional.

Naquele país, os críticos do estado administrativo argumentam que sua baixa responsividade, aliada ao seu tamanho crescente e à sua opacidade, transformam-no em um estado profundo, violador da democracia, da liberdade individual e da separação de poderes. A expressão *deep state* foi originalmente cunhada para descrever aparatos de inteligência em democracias tuteladas, como Turquia, Egito e Paquistão, mas atualmente é utilizada de forma bastante ampla pelos críticos do estado administrativo no contexto dos EUA para se referir a supostas redes de burocratas ligados a órgãos de segurança que seriam capazes de secretamente coletar informações de inteligência e, assim, influenciar decisões de agentes eleitos⁹.

1987, p. 58.

⁶ Para uma análise sobre a delegação no Brasil, vide: CYRINO, André. *Delegações Legislativas, Regulamentos e Administração Pública*. 1a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

⁷ Fernando Leal e Eduardo Jordão chamam a atenção para as dificuldades que podem surgir ao se traduzirem conceitos oriundos de sistemas jurídicos que adotam idiomas distintos. Para os autores, a tradução nesse caso vai além da literalidade e o tradutor deve empreender esforços de interpretação daquele instituto e de direito comparado, a fim de situá-lo tanto no sistema de origem quanto no de destino. Com essas considerações em mente, este artigo opta por adotar a tradução literal da expressão *administrative state* para o português: estado administrativo. No entanto, o próprio texto busca destacar as sutilezas que a expressão carrega no inglês, sua língua original. Vide: LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. *Quando a Tradução Também Importa: problemas linguísticos de direito comparado*. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 8, n. 29, Out/Dez 2014, pp.86-104.

⁸ BERRY, Christopher R.; GERSEN, Jacob E. *Agency Design and Distributive Politics*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 539, 2010, p. 8-10.

⁹ GOLDSMITH, Jack. Paradoxes of the Deep State. In: *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*.

Já aqueles simpáticos ao *administrative state* sustentam que o aparato estatal é fundamental para desenvolver políticas públicas que concretizam direitos e promover liberdades. Parte desses autores chega a afirmar que “*questões sobre seu papel e tamanho e escopo ideais sempre existirão, mas, neste ponto, apenas a mais iludida fantasia libertária imaginária que podemos ou devemos nos manter seu uma grande burocracia federal*”¹⁰. Mais do que um debate taxonômico, trata-se de uma discussão de cunho muito mais político e deontológico do que aquelas travadas nos capítulos dos manuais brasileiros sobre organização administrativa e regime jurídico dos servidores públicos.

A discussão sobre o *administrative state* começa a chegar, ainda de maneira tímida, ao Brasil. O presente artigo tem por objetivo promover o debate acadêmico sobre a existência de um estado administrativo no Brasil e investigar em que medida as discussões norte-americanas sobre as possibilidades e os limites do estado administrativo podem ser aplicadas à nossa tradição jurídica. O propósito aqui não é esgotar o tema, mas apenas apresentar algumas impressões iniciais que possam ser posteriormente desenvolvidas por trabalhos futuros. Para tanto, o trabalho se vale de uma metodologia de análise qualitativa e revisão da bibliografia estadunidense sobre o *administrative state*.

O artigo será dividido em duas seções. Na primeira, organizada em duas partes, serão apresentados os principais argumentos da literatura norte-americana contrária e favorável à legitimidade do estado administrativo¹¹. Na segunda, também dividida em dois itens, será analisado em que medida esses argumentos podem ou não ser aplicados ao direito e à realidade brasileiros. Ao final, será trazida uma breve conclusão.

1. O debate sobre estado administrativo nos EUA

1.1. Os críticos

Os críticos do estado administrativo nos EUA podem ser divididos em três grandes grupos: originalistas, libertários e democráticos. Para os originalistas, o estado administrativo seria uma traição patente de compromissos estabelecidos pela Constituição de 1787 com o

SUNSTEIN, Cass R. (ed). 2018. p. 106-107. MICHAELS, Jon D. The American Deep State. *Notre Dame Law Review*. Vol. 93, 2018, p. 107-112.

¹⁰ STEPHENSON, Matthew C. The Qualities of Public Servants Determine the Quality of Public Service. *Michigan Law Review*, Vol. 1177. 2019. pp. 1177-1210, p. 1180.

¹¹ Uma análise sobre a doutrina estadunidense do *administrative state* mais aprofundada do que aquela empreendida neste texto pode ser encontrada em: ALMEIDA, Maíra; SCAMILLA, Beatriz. Estado Administrativo Norte-Americano e Covid-19: contexto e perspectivas. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 6, n. 3, pp. 878-93, set/dez 2020.

desenho constitucional e com o sistema de separação e divisão de poderes. Para os libertários, as agências estatais possuem uma ampla discricionariedade, não sujeita a controle e que lhes permite agir em violação a valores fundamentais do estado de direito (*rule of law*), exercer poderes arbitrários e se imiscuir na liberdade individual e na propriedade privada. Já para os democráticos, a cadeia de *accountability* dos cidadãos para agentes públicos que exercem poder estatal se mostra fraca demais, na medida em que se vê prejudicada pela excessiva discricionariedade concedida a agentes não eleitos¹².

O originalismo é uma corrente hermenêutica difundida entre estudiosos do direito nos EUA segundo a qual a interpretação de normas e casos concretos deve se dar de modo a perquirir o sentido mais compatível com os ideais dos fundadores do estado americano, os *Founding Fathers*, e o texto original da Constituição de 1787¹³. Um de seus principais adeptos é o juiz da Suprema Corte do país Antonin Scalia, falecido em 2016. O originalismo, em alguns casos, pode se somar ao textualismo, corrente hermenêutica que busca preservar o sentido literal das normas ao interpretá-las.

Antonin Scalia é, também, um defensor da teoria do executivo unitário, segundo a qual a Constituição dos EUA atribuiria ao Presidente da República a competência para exercer a autoridade máxima sobre todo e qualquer agente público. Em síntese, segundo a teoria do executivo unitário, “*toda autoridade do Poder Executivo está centralizada no Presidente da República*”¹⁴. A teoria do executivo unitário pontua que a Constituição americana não menciona em nenhum de seus dispositivos a existência de uma série de agências e departamentos que integrariam o Poder Executivo¹⁵, menos ainda que parte deles seriam dotados de garantias de autonomia em relação à chefia de Poder Executivo, como mandato fixo e exigência de sabatina no Senado para seus dirigentes. A independência de órgãos situados dentro do poder Executivo comprometeria, assim, o poder de direção superior do Presidente da República¹⁶.

¹² SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan: redeeming the administrative state*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020. p. 2.

¹³ Para mais considerações sobre interpretações originalistas da Constituição dos EUA, vide: MARINI, John. *Unmasking the Administrative State. The crises of American politics in the twenty-first century*. New York: Encounter Books, 2019, p. 13-28.

¹⁴ YOO, Christopher S.; CALABRESI, Steven G.; COLANGELO, Anthony J. *The Unitary Executive in the Modern Era: 1945-2004*. Iowa Law Review, Vol. 90, n. 2., pp. 601-731, p. 604.

¹⁵ Destaque-se que o direito administrativo estadunidense não adota a distinção formal existente no sistema brasileiro entre Administração Pública direta e indireta.

¹⁶ LAWSON, Gary. *The Rise and Rise of the Administrative State*, Harvard Law Review, vol. 107, n. 1231. 1994. Pp. 1240-1241. E também: POSTELL, Joseph. *Bureaucracy in America. The administrative state's challenge to constitutional government*. Columbia: University of Missouri Press. 2017.

Além disso, o texto constitucional também prevê a necessidade de separação de funções entre os poderes, de modo que o advento de órgãos dotados de poder normativo e de adjudicação de casos concretos usurparia competências atribuídas pelos *Founding Fathers* aos poderes Legislativo e Judiciário¹⁷. Valendo-se das lições da teoria do executivo unitário, autores textualistas defendem uma interpretação literal das normas constitucionais para afirmar que “do mesmo modo como a Constituição investe todo o poder executivo dos EUA em um departamento unitário, ela também confere todo o poder de julgar ao Judiciário federal”¹⁸.

Já os libertários arguem a ilegitimidade do estado administrativo sob as lentes da liberdade individual. Sustentam que a expansão das agências, com suas múltiplas funções, imporá restrições insustentáveis ao direito de autodeterminação dos indivíduos, invadindo seu espaço de autonomia privada¹⁹. Assim, ao editarem normas sobre segurança de veículos e uso obrigatório de cintos de segurança ou salário mínimo e jornadas máximas de trabalho, *agencies* como o Departamento Nacional de Veículos Automotores (*National Department of Motor Vehicles*, similar ao brasileiro) e a Administração de Segurança e Saúde Ocupacional (*Occupational Safety and Health Administration*, similar ao nosso Ministério do Trabalho) violariam de maneira intolerável a liberdade e o direito de autodeterminação dos cidadãos.

Por fim, as críticas ao estado administrativo fundadas em argumentos democráticos abordam as tensões que existem entre a burocracia técnica e os agentes políticos eleitos na formação e na expansão do estado administrativo²⁰. A preocupação, nesse caso, não é propriamente nova nem peculiar à realidade norte-americana; Max Weber, pai da burocracia estatal moderna, já analisava sua obra os possíveis riscos de uma burocracia impessoal e meritocrática para a *accountability* estatal e instrumentos para sua mitigação, em especial o fortalecimento dos poderes presidenciais²¹. A partir dessa ideia, parte dos críticos ao estado administrativo sustenta que um corpo burocrático expressivo não seria, por si só, um problema à democracia, desde que funcionários públicos sejam responsivos ao Presidente da República²².

As críticas, todavia, não são monolíticas. Autores utilizam-se de uma pluralidade de argumentos em seus trabalhos, mesclando preocupações de ordem originalista, libertária e democrática unidas pelo fio condutor de que o estado administrativo padeceria de uma crise de

¹⁷ HAMBURGER, Philip. Chevron Bias, *George Washington Law Review*, vol. 84, n. 1187, 2016.

¹⁸ CALABRESI, Steven G.; LAWSON, Gary. The Unitary Executive, Jurisdiction Stripping, and the Hamdan Opinions: a textualist response to Justice Scalia. *Columbia Law Review*. Vol. 107. pp. 1002-1047. p. 1003.

¹⁹ EPSTEIN, Richard A. *How Progressives Rewrote the Constitution*. Washington: Cato Institute, 2006.

²⁰ LOWI, Theodore. *The End of Liberalism*, New York: W.W. Norton. 1979.

²¹ WEBER, Max. *The Reich President*. Soc. Research, vol. 53, n. 125, 1986. pp. 128-132.

²² SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan: redeeming the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020. p. 26.

legitimidade²³, visto sua alegada incompatibilidade com o texto originário da Constituição norte-americana, a liberdade individual dos cidadãos, valores da democracia ou, ainda, com uma combinação desses três elementos.

1.2. Os defensores

Aqueles que defendem o estado administrativo, por outro lado, apresentam argumentos que pretendem desconstruir a visão crítica, em cada uma de suas três vertentes.

Cass Sunstein e Adrian Vermeule, professores na Universidade de Harvard, defendem que os críticos originalistas partem de uma interpretação equivocada sobre a Constituição Americana de 1787. Apesar de reconhecerem que o documento, aprovado na sequência de uma revolução anti-colonialista e anti-monarquista, preocupa-se com os riscos de uma monarquia absolutista e com a promoção da liberdade, os autores pontuam que esta não é a única preocupação que permeia o texto constitucional, que busca administrar e balancear uma série de outros riscos²⁴. Um deles é o da paralisia institucional e da consequente impotência para realizar as tarefas inerentes a um governo. Para combater esse risco em particular, os Federalistas Alexander Hamilton e James Madison defendiam a formação de um poder executivo forte e coordenado, que fosse capaz de desempenhar suas missões²⁵.

Na mesma esteira, o professor da Universidade de Yale Jerry Mashaw reconstrói a história da Administração Pública estadunidense no período entre 1789 e 1900 para chegar à conclusão de que desde o início daquela república o Congresso já delegava poderes discricionários ao Executivo. Mashaw refuta, portanto, a ideia propagada pelos críticos do estado administrativo de que, até o final do século XIX, a legislação federal no país seria geralmente auto-executória e não demandaria regulamentações infralegais por parte do Poder Executivo²⁶.

Eric Posner e Adrian Vermeule também sustentam que a ideia de que o equilíbrio

²³ SUNSTEIN; VERMEULE, *Op. Cit.* p. 2-3.

²⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Op. Cit.* p. 32.

²⁵ Como pontuam os professores de Harvard, os Federalistas “buscavam assegurar um grau de eficiência no governo e procuraram construir um sistema de governo que superasse a fraqueza institucional e a paralisia que haviam enfrentado anteriormente com a Confederação” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Op. Cit.* p. 33). No mesmo sentido, METZGER, Gillian E. 1930s Redux: The Administrative State Under Siege. *Harvard Law Review*, vol. 131, n. 1, Nov/2017, pp. 1-95, p. 44-45.

²⁶ MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years in American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012. p. 51.

original de forças da Constituição não poderia ser mudado simplesmente ignora realidade. Esse equilíbrio não muda só pelo direito positivo, com a edição de leis que criam uma série de novas agências, mas também pelas práticas desenvolvidas por cada órgão, pela reputação institucional de cada um deles e outros fatores de ordem não jurídica. Mesmo quando a norma permanece inalterada, esse equilíbrio de forças se modifica à medida que o contexto e as práticas se transformam²⁷. Para os autores, o originalismo ignora, assim, a mutabilidade da realidade.

Já em resposta às críticas libertárias, entusiastas do estado administrativo apontam que esta visão desconsidera o fato de que o estado administrativo surgiu e se consolidou em um ambiente que já possuía regras anteriormente estabelecidas, as quais também podem ser consideradas regulação em sentido amplo. O direito de propriedade e o regime dos contratos, que também restringem e condicionam comportamentos individuais, são normas consolidadas na *common law* antes mesmo da ascensão do direito administrativo. A consolidação dos departamentos e das agências que, com suas normas e regras, hoje formam o estado administrativo não substituiu um vazio normativo de liberdade anárquica, mas sim um sistema normativo anterior, o qual seria mais excludente e menos promotor do bem-estar e da justiça social do que o atual regime²⁸.

Na vertente democrática, os defensores do estado administrativo também criticam a teoria do executivo unitário, sustentando que o sistema presidencial estabelecido pela Constituição de 1787 pressupõe uma supervisão presidencial sobre assuntos relevantes, e não um poder indelegável e absoluto do Presidente da República. Sob essa perspectiva, a criação tanto de agências executivas (sem autonomia) quanto agências independentes (dotadas de garantias dessa espécie) seria compatível com o texto constitucional, na medida em que

²⁷ “Nós, então, apresentamos uma teoria afirmativa sobre transformação constitucional, que pretende demonstrar que normas constitucionais se modificam através de processos políticos – especialmente mudanças na opinião pública –, e não por meio de mecanismos de ordem jurídica. O principal processo, nós sugerimos, é o “*showdown* constitucional” [expressão sem tradução que se refere ao momento em que os jogadores revelam suas mãos em jogos de cartas como o pôquer], isto é, episódios de conflitos entre instituições sobre a distribuição do poder”. (POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 62).

²⁸ “Uma pessoa em situação de rua, por exemplo, é privada de acesso à moradia em razão do direito de propriedade, o qual é enfaticamente coercitivo. Nessas circunstâncias, a criação das agências modernas, inclusive aquelas mencionadas anteriormente [a *Social Security Administration*, o *National Labor Relations Board*, a *Securities and Exchange Commission* e a *Federal Trade Commission*, parcialmente equivalentes ao INSS, à Justiça do Trabalho, à CVM e ao CADE brasileiros], não impôs regras ou coerção onde antes a liberdade desregulada florescia. Elas substituíram um sistema regulatório por outro. Na visão de muitos apoiadores do estado administrativo, a questão é se a substituição promove conceitos mais apropriados de liberdade e bem-estar, e não se a coerção teria surgido de repente do nada” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan: redeeming the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020. p. 31). Especificamente em relação ao *National Labor Relations Board* é importante salientar que, embora a agência tenha competência para adjudicar casos concretos envolvendo direitos trabalhistas, ela faz parte do Poder Executivo federal.

respeitado o comando superior da Chefia do Poder Executivo²⁹.

Christopher Berry e Jacob Gersen acrescentam um argumento que busca desmistificar a crítica democrática ao estado administrativo como um quarto poder sem comando e não sujeito a quaisquer mecanismos de controle. Por meio de estudo empírico, os autores demonstram que todas as *agencias*, na verdade, se submetem a algum grau de influência do Presidente da República e do Poder Legislativo, na medida em que dependem dessas autoridades para assegurar recursos orçamentários. Para os autores, enquanto as agências comandadas por dirigentes livremente indicados pelo Presidente da República estão mais sujeitas à sua influência, aquelas cujos comandantes precisam ser aprovados pelo Senado são mais influenciadas pelo Congresso; mas, em ambos os casos, é possível identificar graus de responsividade a agentes políticos eleitos³⁰.

Ademais, sob uma perspectiva mais substantiva da democracia³¹, o *administrative state* é necessário para que o poder público possa dar conta de suas incumbências em uma sociedade muito mais complexa e que exige conhecimentos muito mais especializados do que aquela em que foi editada a Constituição Americana de 1787. O estado administrativo – e seus técnicos burocratas – prestam serviços públicos que promovem a liberdade e a proteção de valores socialmente relevantes, como o meio-ambiente, a qualidade do ar, a segurança do trabalho e a segurança no trânsito³².

²⁹ Além de os diretores das agências serem indicados pelo Presidente da República, desde 1981 o *Office of Management and Budget* (OMB), órgão diretamente ligado à Casa Branca, supervisiona as análises de custo-benefício e análises de impacto regulatório realizadas pelas agências executivas e independentes previamente à edição de normas e adoção de ações regulatórias. Ver: LESSIG, Lawrence; SUNSTEIN, Cass R. *The President and The Administration*. *Columbia Law Review*. Vol. 94. n.1. 1994. pp. 1-123. p. 5 e 107.

³⁰ BERRY, Christopher R.; GERSEN, Jacob E. *Agency Design and Distributive Politics*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 539, 2010, p. 11-14 e 19-21. Berry e Gersen afirmam expressamente que “*contrariamente à tese da delegação como abdicação defendida por Lowi na década de 1970 e Schoenberg nos anos 1990, nós verificamos que decisões das agências sobre alocação orçamentária são, de fato, responsivas a condições políticas. A existência de agências responsivas pode ser algo bom ou ruim, mas a noção de agências sem qualquer restrição, flutuando à deriva em um oceano de discricionariedade não parece consistente com os dados existentes*”. (p. 20).

³¹ Discussão sobre o papel do Estado na garantia de valores democráticos materiais pode ser encontrada em: O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. Trad. Otacílio Nunes. In: MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *The rule of law and the unprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998.

³² Há, inclusive, evidências empíricas de que as agências com maior grau de profissionalização e insulamento político, com amplos percentuais de funcionários públicos de carreira, desenvolvem políticas públicas e prestam serviços de mais qualidade do que aquelas que contam com maiores percentual de ocupantes de cargos em comissão indicados por nomeações políticas (LEWIS, David E. *Testing Pendleton's Premise: do political appointees make worse bureaucrats?* *Journal of Politics*, vol. 69, n. 4, pp. 1073-1088). Em sentido semelhante, Paul Verkuil destaca a importância de burocratas de carreira para a formação de memória institucional e o desenvolvimento de ações governamentais exitosas: “Sem memória institucional, o governo vacila e fracassa. (...) O valor da experiência é difícil de ser determinado” (VERKUIL, Paul R. *Valuing Bureaucracy: the case for professional government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 22 e 94).

A defesa da legitimidade do estado administrativo encontra, ainda, acolhida na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, que possui dois históricos precedentes sobre a deferência do Poder Judiciário à atuação das agências: a doutrina Chevron e a doutrina Auer. Dentro da Corte, há juízes mais conservadores e críticos ao estado administrativo que consideram que estes entendimentos devem ser superados, mas, ao menos por enquanto, tanto Chevron quanto Auer permanecem em vigor³³.

A deferência Chevron, estabelecida em 1984³⁴, em sua versão original consiste em um teste dividido em duas etapas que pretende analisar se cabe ao Judiciário intervir em determinada decisão de uma agência. No primeiro passo, é verificado se a lei que outorga competências à agência é ambígua; no segundo, é analisado se a interpretação dada pela agência pode ou não ser considerada razoável³⁵⁻³⁶. Apenas no caso de a decisão ou a norma editada pela agência ser considerada irrazoável (*arbitrary and capricious*) o Judiciário deverá revê-la.

Já a doutrina Auer preconiza que as cortes devem ser deferentes às interpretações das agências sobre suas próprias normas, exceto se estas forem notadamente equivocadas ou incompatíveis com a própria regra. Embora os críticos deste Auer pontuem que o precedente pode abrir espaço para abusos de autoridade das agências, Cass Sunstein sustenta que, na prática, o precedente promove a transparência, na medida em que permite que particulares façam consultas às agências e que elas informem ao público em geral qual a sua interpretação sobre suas normas³⁷.

Para além do direito norte-americano, Frank Vibert defende a legitimidade de agências independentes em países da *Commonwealth*, como Grã-Bretanha e Austrália, e da União Europeia com a partir de argumentos como reconhecimento das competências daquele órgão pela sociedade e por outras instituições, bem como a adoção de procedimentos claros, transparentes e dialógicos³⁸.

³³ METZGER, Gillian E. 1930s Redux: The Administrative State Under Siege. *Harvard Law Review*, vol. 131, n. 1, Nov/2017, pp. 1-95, p. 24-31.

³⁴ Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resource Defense Council, Inc. 467 U.S. 837 (1984).

³⁵ Nos últimos anos, Chevron ganhou ainda um passo adicional: o passo zero, estabelecido no precedente *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 260 (2001). Em Mead, a Suprema Corte dos EUA decidiu que apenas as atividades das agências de edição de normas e decisão de casos concretos (*rulemaking and adjudication*) estão sujeitas ao controle judicial. Assim, o passo zero consistiria em verificar se o ato impugnado se enquadra nestas categorias. Para mais considerações sobre Chevron e seus críticos, vide: SUNSTEIN, Cass R. *Chevron as Law*. *Georgetown Law Journal*, vol. 107, 2019, pp. 1613-1683. E também: METZGER, Gillian E. 1930s Redux: The Administrative State Under Siege. *Harvard Law Review*, vol. 131, n. 1, Nov/2017, pp. 1-95.

³⁶ Há, ainda, autores que defendem que, na verdade, a doutrina Chevron possui um único passo: a análise da razoabilidade da atuação da agência. Ver: STEPHENSON, Matthew, C; VERMEULE, Adrian. *Chevron has only one step*. *Virginia Law Review*, vol. 95, n. 597. 2009.

³⁷ SUNSTEIN, Cass R. *Chevron as Law*. *Georgetown Law Journal*, vol. 107, 2019, pp. 1613-1683, p. 1667.

³⁸ VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected*. New York: Cambridge University Press. 2007, p. 114-128.

2. A importação do debate para o Brasil

2.1. Por que a discussão não se adequa à realidade local?

No Brasil, inicia-se uma discussão quanto à legitimidade do estado administrativo, embora ainda de forma embrionária. Ainda que sem pretensão de esgotá-las, este item irá trazer cinco razões para a impossibilidade de se traduzir literalmente a discussão estadunidense para o país³⁹.

Antes de passar a esses argumentos, entretanto, é importante destacar que autores que estudam os requisitos necessários para a transposição de elementos do sistema jurídico de um país para outro, os denominados “transplantes jurídicos”, há algum tempo costumam chamar a atenção para o fato de que essa importação dificilmente ocorre de maneira idêntica⁴⁰. Em geral, é necessário um esforço de adaptação das ideias originais para as características do destino⁴¹. Este artigo pretende exatamente delinear em que medida as ideias estadunidenses diferem do contexto brasileiro e em que passo ambos podem se aproximar.

A primeira das razões que impedem uma mera transposição literal das ideias ao redor do *administrative state* para o Brasil é o fato de a Constituição Brasileira de 1988 ser muito mais analítica do que a estadunidense e dispor, em minúcias, sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública. A Constituição de 1988 trata expressamente da criação de órgãos, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista⁴² – figuras que, inclusive, já existiam na ordem constitucional anterior, em que havia sido editado o Decreto-Lei nº 200/1967. Além disso, atribui de maneira expressa, em seu artigo 84, uma série de poderes ao Presidente da República, dentre os quais os de direção superior da administração federal e disposição sobre organização administrativa.

³⁹ Entendimento similar é manifestado por Sérgio Guerra, para quem “em suma, a burocracia brasileira, mesmo com o advento das agências reguladoras (autarquias especiais), é diferente do sistema burocrático estadunidense e não pode ser caracterizado como sendo um Estado Administrativo” (GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 3, n. 1, 2017, pp. 123-152, p. 149).

⁴⁰ LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Vol. 4, pp. 111-124, 1997. No mesmo sentido, LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n. 01, 2004. p. 01-65.

⁴¹ LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. *Quando a Tradução Também Importa: problemas linguísticos de direito comparado*. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 8, n. 29, Out/Dez 2014, pp.86-104. p. 100.

⁴² Apenas a título de exemplo, os artigos 37, XIX e 61, § 1º, II, “e” tratam da criação de entidades e órgãos da Administração Pública, mas há diversas outras menções a ambos os termos no texto constitucional.

Por outro lado, a Constituição dos EUA atribui ao Presidente da República poderes muito mais enxutos e pouco (ou nada) dispõe sobre os órgãos que farão parte do Poder Executivo⁴³. Em relação aos poderes presidenciais, Sérgio Guerra aponta que “*basicamente, o Presidente da República norte-americano exerce a posição de Comandante-em-Chefe (Commander in Chief) das forças armadas, e detem competência para conceder perdões, firmar tratados, nomear embaixadores, juízes da Suprema Corte e outros oficiais do governo*”⁴⁴.

Diante do silêncio dos *Founding Fathers* sobre a estrutura do Poder Executivo e da concisão das competências do Presidente da República, o advento das agências naquele país despertou estranheza em parte da sociedade e em teóricos, sobretudo a partir da intensificação da atividade regulatória estatal⁴⁵. Surgiu, assim, a teoria de que as agências independentes e executivas, criadas para exercer essas atividades, não integrariam o Poder Executivo, mas um quarto poder, um Poder Administrativo, desprovido de comando central (*headless fourth branch*)⁴⁶, formado por uma burocracia não eleita e não sujeita a mecanismos de controle (*unelected and uncontrollable bureaucracy*)⁴⁷.

Já no Brasil, argumentos originalistas e textualistas de que uma Administração Pública formada por diversos órgãos e entidades não se coadunam com o texto constitucional nem, tampouco, não encontram eco na realidade nacional, tendo em vista que as estruturas

⁴³ Costuma-se entender que o fundamento constitucional para a criação das agências nos EUA é o poder conferido pelo artigo I, seção 8, da Carta ao Congresso Nacional para editar as leis necessárias e adequadas (*necessary and proper*) para a execução dos poderes que lhe são outorgados. Assim, o Congresso seria competente para editar leis que criem agências destinadas à execução de ações estatais. Vide: CUSHMAN, Robert. *The Independent Regulatory Commissions*. New York: Oxford University Press. 1941.

⁴⁴ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Institucionais, vol. 3, n. 1, 2017, pp. 123-152, p. 128.

⁴⁵ “A partir de meados dos anos 1960, o número de agências reguladoras federais e o escopo de suas atividades regulatórias se expandiu de maneira vasta. O governo federal passou a regular preços de petróleo e outros aspectos da produção energética, a impor significativos controles sobre poluição ambiental e a regular a segurança de ambientes de trabalho, estradas, produtos destinados ao consumidor. Foi ampliada a proteção a investidores, inclusive fundos de pensão e negociadores de *commodities*”. BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 1. Apesar de as agências terem se expandido no século XX, a criação da primeira agência, a *Interstate Commerce Commission*, ocorreu ainda no século XIX, em 1887, com o objetivo de regular o comércio interestadual nos EUA.

⁴⁶ Expressão originalmente atribuída a: LOWI, Theodore. *The End of Liberalism*, New York: W.W. Norton. 1979. No direito britânico, também há autores que consideram as agências estatais como um quarto poder. Uma visão otimista deste possível quarto poder em países da *Commonwealth* e da União Europeia pode ser encontrada em: VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected*. New York: Cambridge University Press. 2007.

⁴⁷ Expressão que aparece em outro texto clássico entre os críticos do *administrative state*: SCHOENBROD, David. *Power Without Responsibility: how Congress abuses the people through delegation*. New Haven: Yale University Press. 1993.

administrativas não só são expressamente mencionadas na Constituição de 1998, como já constavam em normas anteriores a ela⁴⁸.

Além disso, grande parte das atividades desempenhadas pelas *agencies* norte-americanas são historicamente consideradas, na realidade brasileira, como típicas do poder executivo. Assim, a tese de que as agências formariam um quarto poder não parece refletir a tradição jurídica brasileira⁴⁹. A título de exemplo, o originalista John Marini tece críticas à lei que criou um programa de planos de saúde populares conhecido como Obamacare, sob o argumento de que a norma não poderia ser considerada uma lei em sentido material, mas sim uma manifestação do estado administrativo⁵⁰. No Brasil, uma lei que cria determinada política pública dificilmente seria interpretada como um ato materialmente não-normativo (uma não-lei em sentido material).

Um segundo motivo para as discussões norte-americanas envolvendo o estado administrativo não se adequarem exatamente ao Brasil é o fato de o próprio argumento originalista não ter tanta força no país. A história constitucional brasileira é bastante diversa da estadunidense. Enquanto os EUA tiveram uma única Constituição, o Brasil já teve seis. A Constituição Americana de 1787 sofreu até o momento 27 emendas, ao passo que a Brasileira de 1988, até agosto de 2022, já tinha sido emendada 125 vezes.

A maior instabilidade constitucional no Brasil enfraquece o argumento originalista, apesar de não o eliminar por completo. O Supremo Tribunal Federal possui, de fato, precedentes em que invoca argumentos históricos e o espírito democrático e plural do constituinte de 1988 em suas razões de decidir, a exemplo do célebre julgamento que decidiu pela constitucionalidade das uniões homoafetivas⁵¹. No entanto, o argumento de que o arranjo institucional estabelecido originalmente deve ser a todo custo preservado não parece se encaixar tão bem à realidade nacional. O próprio caso das uniões homoafetivas ilustra o ponto, na medida

⁴⁸ Em 1948, Ruy Cirne Lima, ao discorrer sobre o conceito de direito administrativo, já fazia referência aos órgãos que integram a Administração Pública. Vide: LIMA, Ruy Cirne. *O Conceito Fundamental do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 12, abril/1948, pp. 59-64, p. 62-63.

⁴⁹ Na segunda metade do século XIX, ainda no Segundo Reinado, Antonio Joaquim Ribas já destacava que no Brasil “não existe, pois, um poder administrativo distinto e independente do executivo. O poder administrativo, ou a administração, é o mesmo executivo – abstracção feita das suas funções governamentais –, difundido pelas inúmeras ramificações de seus funcionários e empregados, desde o Monarca, que é o seu Chefe, até os mais subalternos agentes” (RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866, p. 56. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=22137> Acesso em 06.nov.2020.

⁵⁰ MARINI, John. *Unmasking the Administrative State*. The crises of American politics in the twenty-first century. New York: Encounter Books, 2019, p. 25.

⁵¹ STF, ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. Plenário. DJ 05.05.2011.

em que as intenções democráticas do legislador foram invocadas justamente para superar a literalidade da norma constitucional que tutela uniões estáveis entre homem e mulher.

A terceira distinção aqui mencionada diz respeito às peculiaridades da formação da sociedade brasileira. O Brasil tem uma longa tradição de atuação estatal. Nas palavras do sociólogo Alberto Guerreiro Ramos, “*no Brasil, o Estado precedeu a sociedade*”⁵². Desde o período colonial, havia intensa regulação da metrópole sobre praticamente todas as atividades desenvolvidas no Brasil⁵³. Assim, embora existam autores brasileiros que defendem uma redução do papel do estado⁵⁴, a forte atuação estatal não pode ser considerada uma inovação desconfortável.

Por outro lado, a história estadunidense, ao menos em sua visão majoritária, costuma afirmar que o país é marcado por uma origem liberal, de *laissez-feire* e pouca intervenção estatal na economia e nas liberdades individuais⁵⁵. Embora essa versão seja contestada por autores como Jerry Mashaw, que observa que a presença estatal na economia sempre existiu⁵⁶, há um reconhecimento de que, a partir do século XX, houve uma ampliação da regulação naquele país⁵⁷.

A quarta razão a ser mencionada é a diferença de origem e ênfase do direito administrativo nos dois países. No Brasil, o direito administrativo surge de uma matriz francesa, focada em um regime de prerrogativas especiais da Administração Pública. O direito administrativo tradicional por aqui tem como pilares institutos que trazem consigo uma inegável

⁵² RAMOS, Alberto Guerreiro. *Administração e Contexto Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundações Getúlio Vargas, 1983.

⁵³ O sociólogo Belmiro Valverde Jardim Castor bem sintetiza o fenômeno: “Desde seu ‘Primeiro dia de Criação’, o Brasil se viu às voltas com leis, ordenações, alvarás, cartas régias, ouvidores, funcionários, burocratas, cartórios, tabelionatos, ou seja, com as manifestações visíveis do poder do Estado e da burocracia estatal” (CASTOR, Belmiro Valverde Jardim. *Os contornos do Estado e da Burocracia no Brasil*. In: CASTOR, Belmiro Valverde Jardim *et. al.* Burocracia e Reforma do Estado. Cadernos Adenauer II (2001). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, julho 2001. p. 10. E prossegue pontuando que era proibida a instalação de fábricas na colônia, não se podia plantar amoeiras para não estimular a cultura do bicho da seda e da tecelagem, nem oliveiras, para não viabilizar a produção de azeite e a fabricação de tecidos rendia a destruição dos teares e a deportação para Portugal (CASTOR, Belmiro Valverde Jardim. *Op. Cit.* p. 14).

⁵⁴ Vide, por exemplo, BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público - RSP, Ano 47, V. 120, N.1, jan./abril 1996, pp. 07-39.

⁵⁵ Um relato sobre a influência do liberalismo econômico na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA nas primeiras décadas do século XX e a sua superação a partir da era do New Deal pode ser encontrada em: CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*. Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 72-87. A história da criação das agências norte-americanas pode ser encontrada em CASS, Ronald, *et. al.* *Administrative Law: cases and materials*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 6ª ed. 2011.

⁵⁶ MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years in American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012. p. 14.

⁵⁷No mesmo sentido, NOVAK, William J. *Putting the “Public” in Public Administration: the rise of the public utility idea*. In: PARRILLO, Nicholas R. *Administrative Law from the Inside Out: Essays in Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. pp. 373-397.

carga autoritária, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, o poder de polícia, o ato administrativo unilateral e as cláusulas exorbitantes⁵⁸.

A origem autoritária da matéria só começa a ser superada com a geração dos administrativistas da Constituição de 1988 e o giro constitucional-democrático da matéria⁵⁹. Num primeiro momento, com uma defesa aguerrida do princípio da legalidade⁶⁰ e, alguns anos mais tarde, com vozes contemporâneas que buscaram desconstruir o princípio da supremacia do interesse público⁶¹ e repaginar o poder de polícia⁶².

Nos EUA, por outro lado, a origem do direito administrativo é sobretudo jurisprudencial. Até hoje, os manuais de direito administrativo adotam como principal método a discussão de precedentes judiciais e apenas nos últimos anos as grades curriculares começaram a incluir uma cadeira dedicada ao ensino de leis e normas infralegais editadas pela Administração⁶³. Os dois principais campos de estudo do direito administrativo norte-americano são os limites das delegações legislativas do Congresso para as agências integrantes da Administração Pública (isto é, para o estado administrativo) e o controle judicial da atuação dessas agências⁶⁴. O foco da matéria reside, portanto, na contenção dos limites da atuação do Poder Executivo, tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário.

⁵⁸ Em sentido similar, GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Institucionais, vol. 3, n. 1, 2017, pp. 123-152, p. 126-127.

⁵⁹ A contradição interna e a disputa entre liberdade e autoridade no direito administrativo no Brasil e em outros países da *civil law* é estudada por MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (org.) *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89-113.

⁶⁰ Um dos mais famosos administrativistas desta geração constitucional é Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo manual apresenta o princípio da legalidade como o elemento fundacional do direito administrativo no Estado de Direito. Vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 102-109.

⁶¹ Vide: BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed. 2008, p. 81-108. E também: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos Versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tiragem. 2003.

⁶³ STRAUSS, Peter L. *Jerry L. Mashaw and the Public Law Curriculum*. In: PARRILLO, Nicholas R. *Administrative Law from the Inside Out: Essays in Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. pp. 87-108. A descrição de Strauss sobre o ensino do direito administrativo nos EUA é oposta ao relato de Oswaldo Aranha Bandeira Mello sobre a origem da matéria na França e na Itália, cujas escolas influenciaram fortemente a formação desse ramo do direito no Brasil. Segundo o autor brasileiro, os primórdios do direito administrativo na *civil law* envolviam exatamente a compilação de leis e sua exegese (MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *Conceito do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 74, jun/1973, pp. 33-44, p. 42).

⁶⁴ PARRILLO, Nicholas R. *Jerry L. Mashaw's Creative Tension with the Field of Administrative Law*. In: PARRILLO, Nicholas R. *Administrative Law from the Inside Out: Essays in Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. pp. 1-35. p. 2.

A desconfiança em relação às origens e reminiscências autoritárias do direito administrativo é relativamente comum em países da *common law*⁶⁵. Um dos mais proeminentes detratores do estado administrativo na atualidade, o originalista-libertário Philip Hamburger, adota a premissa de que a principal finalidade do direito administrativo é assegurar um tratamento diferenciado para o Estado em relação àquele dispensado aos particulares. A partir disso, questiona a legalidade deste ramo do direito como um todo e compara o regime jurídico de direito público ao absolutismo que os Stuart pretendiam instaurar na Inglaterra no século XVII e que desencadeou a Revolução Gloriosa⁶⁶.

Nos últimos anos, contudo, é possível falar em uma aproximação entre o direito administrativo brasileiro e o estadunidense, fenômeno que pode ser entendido como parte de um contexto mais amplo de influência recíproca e fertilização cruzada entre os regimes da *civil law* e da *common law*⁶⁷. Países da *civil law* incorporam ferramentas como a cultura de precedentes e os instrumentos de controle procedimental, enquanto países da *common law* passa a aprovar mais leis e normas jurídicas escritas.

No caso brasileiro, a influência da *common law* – e especificamente do direito estadunidense – se intensifica com o chamado giro-pragmático do direito público pátrio, formado pela ascensão de correntes filosóficas como o consequencialismo e o pragmatismo jurídico⁶⁸, já incorporadas ao pensamento jurídico norte-americano desde o advento do realismo

⁶⁵ No início do século XX, o jurista britânico Albert Dicey já afirmava que a *common law* e sua tradição de *rule of law* não precisavam do direito administrativo, disciplina dedicada a estabelecer uma diferenciação entre o povo e o Estado. Vide: DICEY, Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan, 1915.

⁶⁶ HAMBURGER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago: The Chicago University Press, 2014.

⁶⁷ A aproximação entre *civil* e *common law* é abordada por SORDI, Bernardo. *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflexions on the emergence of administrative law in Europe*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org). *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010, pp. 23-36. A expressão fertilização cruzada (*cross-fertilization*) é utilizada para descrever esta influência mútua é empregada por: SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*, Harvard International Law Journal, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-219.

⁶⁸ Gustavo Binbenbojm explica que que “Segundo Nathan Houser, a atitude pragmática significa uma espécie de teste para verificar se concepções e teorias se relacionam de fato com a experiência. (...) Mais do que a ultrapassagem de escrutínios lógicos e abstratos, ao pragmatismo interessa a diferença, em termos de efeitos práticos, da adoção de uma ou outra proposição. Em admirável esforço didático, Thamy Pogrebinschi identifica uma matriz pragmatista – inobstante os diferentes matizes internos do movimento – como um núcleo comum do pragmatismo filosófico que pode ser traduzido em três elementos fundamentais: (i) o antifundacionismo; (ii) o contextualismo; e (iii) o consequencialismo. (...) Compreendê-los será útil para demonstrar o que aqui se denominou giro pragmático do direito administrativo – seja como descrição de uma tendência contemporânea da disciplina, nem sempre consciente, seja como uma estratégia prescritiva de análise e decisão em busca de soluções aptas a alcançar os melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela Administração Pública. O antifundacionalismo rejeita que o pensamento tenha algum ponto de partida ou fundação estática, perpétua, imutável, abstrata e atemporal. (...) O contextualismo consiste na postura de se valorizar a experiência prática – social, política, histórica, econômica e cultural – na investigação filosófica, como método que nos liberta de abstrações atemporais. Por fim, o consequencialismo importa conduzir sempre qualquer investigação com os olhos voltados para o futuro, por meio de alguma antecipação prognóstica.” (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia*,

jurídico, na primeira metade do século XX⁶⁹. Entretanto, esse movimento está longe de ser uma unanimidade entre publicistas brasileiros, não podendo ser desconsideradas as críticas ao “consequenciachismo”⁷⁰.

Contudo, mesmo aqueles simpáticos a essa terceira onda direito administrativo brasileiro não devem perder de vista que a origem e o foco da matéria no país até hoje são bastante distintos e que essa diferença impacta na forma como a Administração Pública é percebida. A atuação variada do Poder Executivo é vista com muito mais naturalidade na academia brasileira, cujos administrativistas são formados e operam dentro de um sistema que desde sempre estuda os poderes da Administração e as técnicas de organização administrativa, com sua distinção entre desconcentração e descentralização.

O quinto e último motivo para o não florescimento de uma teoria sobre a ilegitimidade do estado administrativo no Brasil é mais um palpite – e um convite a trabalhos mais aprofundados – do que um argumento definitivo. As agências executivas e independentes nos EUA parecem ter uma produção normativa muito mais ampla e gozarem de maior autonomia do que os órgãos e entidades da Administração Pública brasileira. Listagem elaborada pelo próprio governo norte-americano conta cerca de cem agências situadas fora da estrutura da Casa Civil da Presidência da República e em torno de 150 dotadas de regras de eleição ou proteção contra dispensa arbitrária de dirigentes⁷¹.

A partir desse cenário de ubiquidade do estado administrativo no contexto estadunidense, Adrian Vermeule, sustenta que a ascensão do *administrative state* que teria substituído o império da lei (*law's empire*). Para o autor, o próprio legislador teria, voluntariamente, abnegado de seus poderes em favor da Administração Pública, com a aprovação de leis que criam agências e lhes concedem competências para atuar e produzir normas sobre os mais variados assuntos (*law's abnegation*)⁷².

Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2016, p. 53-55).

⁶⁹ ACKERMAN, Bruce. *Reconstructing American Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1985. p. 6-22.

⁷⁰ Expressão criada por: MENDES, Conrado Hübner. *Jurisprudência Impressionista*: o consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso, a confusão entre o que é e o que se queria que fosse. São Paulo: Revista Época. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>> Acesso em 31.10.2020. Críticas ao “consequencialismo pragmatista” também podem ser encontradas em: GONÇALVES, Jane Reis. *Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade*: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Revista Quaestio Iuris, vol. 8, n. 3, 2015. pp. 2080-2114, p. 2109.

⁷¹ SELIN, Jennifer L.; LEWIS, David E. Sourcebook of United States Executive Agencies. Administrative Conference of the United States. 2a ed. 2018, p. 42, 99 e 100. Disponível em: <<https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/ACUS%20Sourcebook%20of%20Executive%20Agencies%202d%20ed.%20508%20Compliant.pdf>> Acesso 28 out. 2021.

⁷² VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation*: from law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard

Já no Brasil, restrições ao controle político de entidades estatais existem de forma mais ampla em órgãos de controle independentes, que não integram o Poder Executivo, e, dentro da Administração Pública, em entidades da administração indireta que gozam de instrumentos formais de autonomia, como agências reguladoras e universidades públicas. Um estudo mais aprofundado que comparasse a produção normativa do Poder Executivo brasileiro e o efetivo grau de autonomia de órgãos e entidades da Administração Pública frente ao Chefe do Poder Executivo poderia comprovar ou afastar as suspeitas deste trabalho.

2.2. O que pode ser aproveitado?

Ainda que as discussões estadunidenses sobre legitimidade e constitucionalidade do estado administrativo não se amoldem perfeitamente à realidade brasileira, há alguns de seus aspectos que podem ser aproveitados pela nossa academia. O presente item apresenta, sem qualquer pretensão de esgotá-los, três pontos em que a doutrina sobre o *administrative state* pode ser utilizada e incorporada à tradição jurídica nacional.

O primeiro deles é a delimitação do poder normativo do Poder Executivo – em especial das agências reguladoras, mas não apenas delas.

As agências brasileiras são autarquias de regime especial, dotadas de autonomia técnica, administrativa e financeira. Seus dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, mas, após aprovação em sabatina no Senado Federal, assumem mandato fixo e não podem ser exonerados *ad nutum* no curso dos mandatos. Ademais, são dotadas de competência para arbitrar conflitos entre regulados, editar normas que irão disciplinar os mercados que regulam, fiscalizar o cumprimento dessas normas e aplicar sanções sobre os regulados que deixem de observá-las⁷³. Desde a criação das primeiras agências reguladoras no Brasil, a partir da segunda metade dos anos 1990, discute-se a validade do modelo institucional adotado. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha assentado a constitucionalidade do regime de nomeação de diretores na ADI nº 1.949⁷⁴, até hoje persistem debates acerca dos limites do poder normativo das agências reguladoras.

University Press. 2016.

⁷³ Vide, por exemplo, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed. 2013. E também: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 19ª ed. 2018.

⁷⁴ STF, ADI nº 1949/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJ 17.09.2014.

À luz do princípio da legalidade administrativa, autores mais tradicionais sustentam a impossibilidade de normas infralegais emanadas pelas agências criarem direitos e obrigações, limitando-se ao exercício de poder regulamentar⁷⁵. Outros adotam visão diametralmente oposta e defendem que, ao criar uma entidade dotada de amplo poder normativo, o legislador promoveria a deslegalização daquela matéria, retirando-a do domínio da lei e passando-a para o domínio do ordenamento⁷⁶. Há, ainda, uma posição intermediária segundo a qual as agências reguladoras são legitimadas a exercer poder normativo apenas dentro dos limites fixados pela lei de sua criação⁷⁷.

O debate brasileiro sobre o tema é claramente influenciado pelo norte-americano, o que não é de se espantar, já que o próprio desenho institucional das agências reguladoras no Brasil é inspirado nos EUA⁷⁸. Por exemplo, a doutrina dos princípios inteligíveis, que serve de fundamento teórico para a posição intermediária, tem origem nos EUA. Além disso, não raro o Supremo Tribunal Federal se vale de elementos do direito estadunidense para decidir casos concretos que envolvem os limites do exercício de poder normativo por agências reguladoras, tais como a chamada doutrina Chevron (doutrina da deferência administrativa)⁷⁹ e a teoria das capacidades institucionais⁸⁰.

Para além das agências reguladoras, normas mais recentes têm se voltado para o exercício de poder normativo em outras esferas do Poder Executivo, procurando racionalizá-lo e torná-lo mais eficiente. A Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), por exemplo, prevê expressamente o dever de órgãos e entidades da administração federal direta e indireta realizarem análises de impacto regulatório previamente à elaboração de “*propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados*”,

A teoria do estado administrativo pode ajudar a compreender os problemas, práticos e teóricos, que podem decorrer do exercício de poder normativo por entidades que fazem parte

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 176-178.

⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 289-290.

⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 240, 2005.

⁷⁸ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Institucionais, vol. 3, n. 1, 2017, pp. 123-152, p. 147.

⁷⁹ STF, ADI nº 4874/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, DJ 01.fev.2018.

⁸⁰ Críticas ao uso retórico da teoria das capacidades institucionais no direito brasileiro, com menções a precedentes do STF, podem ser encontradas em: LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. *Dois Problemas de Operacionalização do Argumento de “Capacidades Institucionais”*. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Institucionais, vol. 2, n. 1, 2016, pp. 192-213.

do Poder Executivo. Se, de um lado, seus críticos apontam para problemas de legitimidade neste arranjo, seus entusiastas destacam a tendência ao maior preparo técnico das agências em relação ao Legislativo generalista, o que justifica ao menos algum grau de deferência às suas escolhas. Com isso, pode ser útil para compreender as vantagens e as desvantagens – e, a partir daí, os limites – do exercício de poder normativo pelas agências e pelo Executivo de forma geral.

Uma segunda contribuição das discussões sobre o estado administrativo para o direito brasileiro diz respeito à necessária atualização das teorias sobre separação de poderes. As próprias agências reguladoras ilustram o ponto, na medida em que, embora integrem o Poder Executivo, cumulam também funções normativas e de decisão de casos concretos. Além disso, a estabilidade de seus dirigentes desafia a teoria do executivo unitário, uma vez que esta última pressupõe a impossibilidade de restrições ao poder de direção superior do Poder Executivo pelo Presidente da República⁸¹.

A influência das teorias do estado administrativo sobre a organização do Poder Executivo brasileiro, no entanto, não se restringe às agências reguladoras. A Constituição de 1988 também consagra autonomia para as universidades públicas, entidades integrantes da administração indireta cujos dirigentes, em âmbito federal, são escolhidos pelo Presidente da República a partir de lista tríplice e exercem mandatos fixos⁸², cuja constitucionalidade é assentada na jurisprudência do STF há mais de meio século⁸³. Mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, inicialmente um órgão integrante da Presidência da República dotado de autonomia técnica e decisória e posteriormente transformado em autarquia especial pela Medida Provisória nº 1.124/2022

Por outro lado, há no Brasil algumas peculiaridades que diferenciam nossos atritos com concepções tradicionais de separação de poderes daqueles enfrentados pelo *administrative state*. Não obstante a Administração Pública brasileira tenha se tornado inegavelmente mais complexa, inclusive com a criação de órgãos e entidades dotados de mecanismos de proteção contra a influência política do Chefe do Poder Executivo, o fenômeno que mais desafia a teoria

⁸¹ A previsão legal de mandatos fixos, sem possibilidade de exoneração *ad nutum* pelo Presidente da República, para os dirigentes de determinadas agências e a sua relação com a teoria do executivo unitário no contexto estadunidense é explorada por SHANE, Peter M. *Boundary Disputes*. In: PARRILLO, Nicholas R. *Administrative Law from the Inside Out: Essays in Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017, pp. 188-211.

⁸² Constituição da República de 1988, artigo 207, regulamentado pela Lei nº 9.192/1995 e pelo Decreto nº 1.916/1996.

⁸³ Súmula STF nº 25: A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia (aprovada em 13.dez.1963).

tripartite de Montesquieu no país é a ascensão de órgãos autônomos, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Enquanto as agências integrantes do *deep state* nos EUA são vistas por alguns como um quarto poder acéfalo, no Brasil há estudiosos que identificam o Ministério Público como o quarto poder da República⁸⁴.

Existem muitos trabalhos no país que tratam da expansão de instituições de controle e suas implicações para a atividade administrativa. No entanto, ainda subsiste uma ampla carência teórica no direito público brasileiro sobre as consequências deste fenômeno para a separação de poderes. Estudos a respeito do estado administrativo, em especial aqueles que procuram responder à teoria do executivo unitário e investigar fontes de legitimação e autonomia institucional, podem ser particularmente úteis a acadêmicos pátrios que desejem se dedicar a esta empreitada.

Como visto acima, Eric Posner e Adrian Vermeule ensinam que há uma série de fatores não jurídicos que influenciam na distribuição de poderes e no equilíbrio de forças entre instituições⁸⁵. Em outra obra, Vermeule analisa especificamente o papel das convenções e dos costumes para a autonomia institucional⁸⁶. Compreender fatores de independência real para além do direito positivo pode ser de grande valia para autores brasileiros que se debruçam sobre o funcionamento de nossas instituições⁸⁷.

Por fim, uma terceira contribuição dos debates norte-americanos acerca do *administrative state* para o direito brasileiro refere-se ao aprofundamento de nossas discussões envolvendo a legitimidade democrática da Administração Pública e seus corpos burocráticos. Mais precisamente, teóricos do estado administrativo podem oferecer contribuições valiosas nos embates entre democracia e tecnocracia; entre vencedores de processos políticos majoritários e servidores públicos organizados em estruturas weberianas fundadas em atuação técnica e neutralidade política.

É aqui que reside a principal contribuição do debate norte-americano sobre a legitimidade do estado administrativo para o contexto brasileiro. Ainda que nosso ordenamento

⁸⁴ SANTOS, Igor Spock Silveira. *O Ministério Público como quarto poder: relevância do reconhecimento para o sistema institucional*. Rio de Janeiro: Revista Publicum, vol. 2, n. 2, 2016. pp. 120-168.

⁸⁵ POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*. New York: Oxford University Press, 2010.

⁸⁶ VERMEULE, Adrian. Conventions of Agency Independence, *Columbia Law Review*. Vol. 113. No. 115. January 31, 2011.

⁸⁷ Uma análise sobre os fatores reais de autonomia burocrática inspirada nas lições da doutrina do *administrative state* pode ser encontrada em PEREIRA, Anna Carolina Migueis; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Quem é o vilão? A estabilidade ou a instabilidade do trabalho? Revista Insight Inteligência*. Edição 88. Disponível em: <<https://insightinteligencia.com.br/quem-e-o-vilao-a-estabilidade-ou-a-instabilidade-do-trabalho> apontamentos-para-o-debate-sobre-a-reforma-da-funcao-publica/> Acesso em 02nov.2020.

reconheça com maior facilidade a existência de uma administração pública ampla, que desempenha uma série de atividades, qual deve ser o grau de independência dos órgãos e entidades administrativos – e dos agentes públicos que os integram – frente ao Poder Executivo Central?

Mais uma vez as agências reguladoras oferecem um bom ponto de partida, muito embora as discussões não se restrinjam a elas. Dentre os críticos ao exercício de poder normativo por estas entidades, estão aqueles que pontuam a ausência de legitimidade democrática e *accountability* de seus técnicos, que são selecionados por meio de mecanismos impessoais (os concursos públicos) e, portanto, não se submetem a instrumentos tradicionais de responsividade, como as eleições periódicas⁸⁸.

As discussões, contudo, vão muito além das agências reguladoras. Conflitos entre agentes políticos e servidores públicos de carreira existem em todos os órgãos e entidades da Administração Pública, sendo frequentemente estudados por juristas estadunidenses sob a perspectiva de agentes e principais⁸⁹, ainda pouco usual no direito administrativo brasileiro⁹⁰. A incorporação dessa ótica pelo direito pátrio pode auxiliar na construção de uma compreensão mais realista sobre o funcionamento interno da Administração e em seu consequente aprimoramento.

Ademais, do ponto de vista da democracia substantiva, a Administração Pública por meio de seus diversos órgãos e entidades, é responsável pela execução de políticas públicas diretamente ligadas à concretização de direitos fundamentais e à construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A variedade das demandas que o estado deve atender levou à formação de estruturas de igual complexidade dentro do Poder Executivo. Desmontá-las implica, assim, o risco de esvaziamento ações que fazem parte da implementação de direitos e liberdades.

No atual contexto de erosão democrática em uma série de países, Tom Ginsburg e Aziz Huq, no premiado *best-seller* *How to Save a Constitutional Democracy*, sugerem uma série de medidas para frear o fenômeno, todas relacionadas ao fortalecimento da burocracia

⁸⁸A tensão entre democracia e tecnocracia nas agências reguladoras é explorada por: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁸⁹Exemplo dessa abordagem pode ser encontrado em: GERSEN, Jacob E; STEPHENSON, Matthew C. *Over-Accountability*. *Journal of Legal Analysis*, Volume 6, Issue 2, Inverno 2014, pp. 185–243.

⁹⁰A perspectiva agente-principal começa a chegar à academia jurídica brasileira. Ver, por exemplo, CYRINO, André; PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Dossiês, Servidores Públicos e Conflitos Internos da Administração Pública*. Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-ago-16/cyrino-migueis-dossies-servidores-administracao-publica> > Acesso em 04.nov.2020.

estatal e de órgãos independentes⁹¹. Para os estudiosos, o estado administrativo e seus agentes públicos não eleitos, em vez de representarem uma ameaça à democracia, significariam, na verdade, um instrumento para sua proteção.

A discussão neste ponto deságua no próprio conceito de democracia. Definições mais minimalistas, calcadas exclusivamente no processo eleitoral majoritário, terão mais dificuldade em perceber o estado administrativo como um elemento de preservação democrática. Por outro lado, definições mais substantivas, que considerem a redução de desigualdades e a ampliação do acesso a serviços públicos como elementos integrantes de um estado democrático de direito, poderão encontrar importantes aliados nos defensores do estado administrativo.

De modo similar, visões procedimentais de democracia, que levem em conta a estruturação de processos decisórios racionais e protegidos pelas garantias da segurança jurídica e pelo devido processo legal para formação de estados de direito⁹², também poderão se valer das lições trazidas pelo estado administrativo e seus teóricos, notadamente nos trabalhos de Jerry Mashaw⁹³, Sunstein e Vermeule⁹⁴.

3. Conclusão

A discussão sobre a existência de um estado administrativo no Brasil começa a ganhar terreno na academia brasileira. Com o propósito de familiarizar os leitores nacionais com as discussões existentes nos EUA, de onde o debate vem sendo importado, o presente artigo trouxe uma breve reconstrução dos argumentos mais invocados na literatura estadunidense tanto para

⁹¹ Além da formação de quadros técnicos e permanentes de servidores públicos, outras medidas elencadas pelos autores são o estabelecimento de um rol exposto de direitos fundamentais no texto constitucional, criação de comissões eleitorais independentes e não partidárias, fortalecimento da figura do *Ombudsman* (GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 198-225).

⁹² ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. Working Paper Series nº. 36. Março 2001. p. 1-6 e 37-42. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350> Acesso em 01 nov.2020.

⁹³ O autor aborda a importância da motivação dos processos administrativos como instrumento de promoção de governos democráticos (MASHAW, Jerry L. *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*. How administrative law supports democratic government. Cambridge: Cambridge University Press, 2018).

⁹⁴ Os autores adotam a obra de Lon Fuller como marco teórico para defender que o estado administrativo pode ser legítimo desde que adote certas premissas procedimentais básicas, tais como elaborar regras claras, não abusar da retroatividade, evitar mudanças normativas frequentes e investir em instrumentos de transparência (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan: redeeming the administrative state*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020, p. 40).

criticar quanto para defender a constitucionalidade e a legitimidade do *administrative state* naquela nação. Em seguida, apresentou cinco argumentos que impedem um transplante jurídico perfeito da discussão norte-americana para o Brasil. Por outro lado, trouxe três terrenos em que a aplicação da doutrina do estado administrativo pode ser particularmente fértil para autores brasileiros e convidou-os a realizar estudos mais aprofundados.

O Brasil tem a sua própria história e tradição jurídica. Apesar da aproximação de nossa academia com o estudo de autores norte-americanos nos últimos anos, a matriz do direito administrativo nacional continua sendo de origem francesa. Essa herança faz com que os institutos e o próprio foco da matéria sejam distintos entre Brasil e EUA. Se nos EUA seu objeto central é restringir os poderes da Administração⁹⁵, no Brasil ainda lutamos para superar as contradições de um direito administrativo pautado no binômio autoridade-liberdade⁹⁶.

As críticas mais viscerais ao estado administrativo nos EUA não se encaixam com exatidão na cultura jurídica brasileira, muito mais acostumada a uma ampla atuação da Administração Pública e à sua estruturação em órgãos e entidades. No entanto, em suas versões mais moderadas, nascidas inclusive de autores que podem ser enquadrados no grupo dos defensores do *administrative state*, revelam-se importantes ferramentas de promoção uma atuação administrativa mais racional e democrática.

Referências

ALMEIDA, M.; SCAMILLA, B. Estado Administrativo Norte-Americano e Covid-19: contexto e perspectivas. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 878-903, 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed. 2013

ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERRY, C. R.; GERSEN, J. E. Agency Design and Distributive Politics. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 539, 2010.

⁹⁵ ALMEIDA, Maíra; SCAMILLA, Beatriz. Estado Administrativo Norte-Americano e Covid-19: contexto e perspectivas. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 6, n. 3, pp. 878-93, set/dez 2020, p. 884.

⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (org.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012, p. 89-113.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed. 2008.

CALABRESI, S. G.; LAWSON, G. The Unitary Executive, Jurisdiction Stripping, and the Hamdan Opinions: a textualist response to Justice Scalia. *Columbia Law Review*, New York, v. 107, p. 1002-1047.

CASTOR, Belmiro Valverde Jardim. *Os contornos do Estado e da Burocracia no Brasil*. In: CASTOR, B. V. J. et. al. *Burocracia e Reforma do Estado*. Cadernos Adenauer: v. 2, n. 3. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

CYRINO, André. *Delegações Legislativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

EPSTEIN, Richard A. *How Progressives Rewrote the Constitution*. Washington: Cato Institute, 2006.

GERSEN, J. E.; STEPHENSON, M. C. Over-Accountability. *Journal of Legal Analysis*, Chicago, v. 6, Issue 2, p. 185-243, 2014.

GOLDSMITH, Jack. *Paradoxes of the Deep State*. In: SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*. California: Day Street Books, p. 106-107, 2018.
MICHAELS, Jon D. The American Deep State. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 93, p. 107-112, 2018.

GUERRA, Sérgio. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 01, 2017.

HAMBURGER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago: The Chicago University Press, 2014.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 45, n. 01, p. 01-65, 2004.

LAWSON, Gary. The Rise and Rise of the Administrative State. *Harvard Law Review*, Boston, v. 107, n. 1231, 1994.

LEAL, F.; JORDÃO, E. Quando a Tradução Também Importa: problemas linguísticos de direito comparado. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 29, p. 86-104, 2014.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of ‘Legal Transplants’. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastrich, v. 4, p. 111-124, 1997.

LESSIG, L.; SUNSTEIN, C. R. The President and The Administration. *Columbia Law Review*, New York, v. 94, n. 01, p. 01-123, 1994.

LIMA, Ruy Cirne. O Conceito Fundamental do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 59-64, 1948.

LOWI, Theodore. *The End of Liberalism*, New York: W.W. Norton. 1979.

MARINI, John. *Unmasking the Administrative State*. The crises of American politics in the twenty-first century. New York: Encounter Books, 2019

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação*. In: MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R. (org.). Os Caminhos do Ato Administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 89-113, 2012, p. 89-113.

MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years in American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012.

MASHAW, Jerry L. *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*. How administrative law supports democratic government. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. Conceito do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 74, p. 33-44, 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

METZGER, Gillian E. 1930s Redux: The Administrative State Under Siege. *Harvard Law Review*, Boston, vol. 131, n. 1, p. 01-95, 2017.

O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. Trad. Otacílio Nunes. In: MÉNDEZ, J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (orgs.). *The rule of law and the unprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998.

PARRILLO, Nicholas R. *Administrative Law from the Inside Out: Essays in Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

POSNER, E. A.; VERMEULE, A. *The Executive Unbound*. After the Madisonian Republic. New York: Oxford University Press, 2010.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Administração e Contexto Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundações Getúlio Vargas, 1983.

ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. (org). *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010

ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. Cardozo Law School, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. Working Paper Series, New York, n. 36, 2001.

SCHOENBROD, David. *Power Without Responsibility: how congress abuses the people*

through delegation. New Haven: Yale University Press, 1993.

SELIN, J. L.; LEWIS, D. E. *Sourcebook of United States Executive Agencies*. Administrative Conference of the United States. 2ª ed. 2018, p. 42, 99 e 100. Disponível em: <<https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/ACUS%20Sourcebook%20of%20Executive%20Agencies%202d%20ed.%20508%20Compliant.pdf>> Acesso em: 28 out. 2021.

SPENCE, D. B.; CROSS, F. A Public Choice Case for the Administrative State. *Georgetown Law Journal*, Washington DC, v. 89, n. 97, pp. 97-142, p. 104, 2000-2001.

STEPHENSON, Matthew C. The Qualities of Public Servants Determine the Quality of Public Service. *Michigan Law Review*, Law Quadrangle, v. 1177, pp. 1177-1210, 2019.

STEPHENSON, M. C.; VERMEULE, A. Chevron has only one step. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 95, n. 597, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron as Law. *Georgetown Law Journal*, Washington DC, v. 107, pp. 1613-1683, 2019.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *Law & Leviathan: redeeming the administrative state*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

VERKUIL, Paul R. *Valuing Bureaucracy: the case for professional government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press. 2016.

VERMEULE, Adrian. Conventions of Agency Independence. *Columbia Law Review*, New York, v. 113, n. 115, 2011.

VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected*. New York: Cambridge University Press, 2007.

WEBER, Max. The Reich President. *Social Research*, New York, v. 53, n. 125, 1986.

YOO, C. S.; CALABRESI, S. G.; COLANGELO, A. J. The Unitary Executive in the Modern Era: 1945-2004. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 90, n. 2., p. 601-731, 2009.

Recebido em: 16/08/2022

1º Parecer em: 23/08/2022

2º Parecer em: 24/08/2022