

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**O ESTADO ADMINISTRATIVO E  
A TESE ABNEGADORA DO DIREITO DE ADRIAN VERMEULE**

WANNY CRISTINA FERRIERA FERNANDES

RIO DE JANEIRO

2017

WANNY CRISTINA FERREIRA FERNANDES

**O ESTADO ADMINISTRATIVO E  
A TESE ABNEGADORA DO DIREITO DE ADRIAN VERMEULE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**

RIO DE JANEIRO

2017

WANNY CRISTINA FERREIRA FERNANDES

**O ESTADO ADMINISTRATIVO E  
A TESE ABNEGADORA DO DIREITO DE ADRIAN VERMEULE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto de estudo o fenômeno do Estado Administrativo verificado na estrutura governamental norte-americana a partir da análise da inteiração institucional dos órgãos do Poder Executivo, voltados à formação de uma burocracia que regule e execute o projeto estatal de forma coerente e segura buscando a estabilidade. Objetivando apresentar o fenômeno do Estado Administrativo, suas principais discussões teóricas, seu caminhar histórico e sua tendência de promover abnegação do Direito no Estado. Partindo de um marco teórico atual, sustenta-se a hipótese de que o Estado Administrativo é um fenômeno real e prático, que pode ser identificado na formação institucional do Estado norte-americano. As práticas regulatórias e executivas, do corpo de instituições que formam o Estado Administrativo, apontam para um redesenho Estatal, abandonando os padrões estabelecidos pelas teorias clássicas. A pesquisa parte de um marco teórico institucionalista que trata das questões teóricas do Estado Administrativo, das instituições e da superação do Império da Lei por meio da Abnegação do Direito, verificando na deferência institucional, sobretudo do Judiciário a chave para melhor diálogo das instituições e a manutenção da estabilidade estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Administrativo; Teoria Institucional; Abnegação do Direito.

## ABSTRACT

The present monographic work has as object of study the phenomenon of the Administrative State verified in the North American governmental structure from the analysis of the institutional integration of the organs of the Executive Power, directed to the formation of a bureaucracy that regulates and executes the state project coherently and safe pursuing stability. Aiming to present the phenomenon of the Administrative State, its main theoretical discussions, its historic path and its tendency to promote self-denial of Law in the State. Starting from a current theoretical framework, the hypothesis is maintained that the Administrative State is a real and practical phenomenon, that can be identified in the institutional formation of the North American State. The regulatory and executive practices of the body of institutions that form the Administrative State point to a State redesign, abandoning the standards established by the classical theories. The research is based on a theoretical and institutional framework that deals with the theoretical issues of the Administrative State, institutions and overcoming the rule of law through the Abnegation of Law, verifying in institutional deference, above all in the Judiciary, the key to a better dialogue between institutions and maintenance of state stability.

**KEYWORDS:** Administrative State; Institutional Theory; Law's Abnegation.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente:

Aos meus pais, Mauriceia Ferreira e Weciley Fernandes, por me ensinarem o valor do trabalho digno e por me oferecerem todo o suporte necessário para eu transpusesse fronteiras e transformasse os meus sonhos em realidade;

À minha irmã, Winny Fernandes, por sua maturidade que sempre me ajudou e me fortaleceu em momentos de dificuldade e de decisão na minha vida acadêmica;

Ao Professor Carlos Bolonha, orientador, amigo e pai acadêmico, pelo seu exemplo moral e profissional que transformou e continua transformando a minha vida e, sobretudo, por acreditar em mim e mostrar que tudo é possível com vontade e trabalho;

Ao Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI, por me ensinar, nos últimos cinco anos, que com humildade, disciplina e determinação todo sonho é pequeno e por marcar minha trajetória acadêmica, na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, proporcionando-me uma evolução intelectual, científica e humana;

À todos os membros do LETACI que transformam todos os dias, aquela pequena sala, em um universo de infinita criatividade, amizade e amor;

Aos amigos Allan, Anaclara, Carolina, Eduardo, Letícia, Lucas, Natan, Stella, Telmo, entre outros, pelo companheirismo e a amizade que me dedicaram durante todo o período da minha formação; por serem humanos de extrema dignidade e respeito com quem desejo, profundamente, continuar partilhando as alegrias da minha vida;

Aos Professores Fátima Souza, Luciana Silveira e Marcelo Santos, por aceitarem participar da banca avaliadora do presente trabalho;

A todos os Professores, que estiveram presentes em minha jornada acadêmica, por me proporcionarem o conhecimento necessário a minha formação profissional;

À Delígia Rodrigues, por toda sua doçura e caridade em meus anos de graduação;

A todos os membros da Faculdade Nacional de Direito que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1. O ESTADO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>19</b>
<b>1.1 O Estado Administrativo norte-americano.....</b>	<b>21</b>
<b>1.2 O Estado Administrativo no Brasil.....</b>	<b>29</b>
<b>2. A CONSTITUCIONALIDADE ESTADO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1 Críticas ao Estado Administrativo.....</b>	<b>32</b>
<b>2.2 Defesa do Estado Administrativo por Adrian Vermeule.....</b>	<b>35</b>
<b>3. A TESE ABNEGADORA DE ADRIAN VERMEULE.....</b>	<b>41</b>
<b>3.1 Do Império do Direito ao Estado Administrativo.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2 O Desenvolvimento da Prática Deferencial.....</b>	<b>43</b>
<b>3.3 As Razões da Consolidação da Deferência.....</b>	<b>48</b>
<b>3.4 O Futuro da Deferência e do Direito Abnegado.....</b>	<b>49</b>
<b>4. CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

Analisando a realidade institucional brasileira, verifica-se que a mesma está fortemente pautada por um plano formal-normativo constitucional. Tal compreensão, no entanto, está limitada, pois não pode considerar todos os aspectos essenciais a conformação do fenômeno democrático no Estado. A melhor abordagem para compreensão da dinâmica constitucional do Estado, requer análise do desempenho e do comportamento das instituições básicas da sociedade.

O constitucionalismo contemporâneo apresenta, nas últimas décadas, uma nova perspectiva de estudo que oferece uma visão mais realista e pragmática da realidade constitucional e institucional. Nessa nova abordagem teórica o foco é a atuação institucional, do ponto de vista jurídico-político, no processo decisional e deliberativo exercido pelas instituições no que concerne a (i) suas competências e funções internas e (ii) na relação dialógica exercida de forma interinstitucional<sup>1</sup>.

A inovadora abordagem apresentada pela Teoria Institucional<sup>2</sup> procura concentra a sua análise nos processos de interpretação da Constituição, verificando os desdobramentos dessas

---

<sup>1</sup> Sobre o tema: “Ante este quadro, as chamadas teorias dialógicas têm se preocupado somente com o desenho e a integração institucionais. Creemos que a proposta do diálogo institucional, como provocador de uma nova teoria das instituições, representa uma forma eficaz de, no mínimo, reduzir a possibilidade de déficit de legitimidade das instituições”. BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique ; EISENBERG, J. M. . Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, p. 288-309, 2011

<sup>2</sup> O presente trabalho adota um posicionamento institucional correspondente à perspectiva norte-americana que renovou seus estudos, em matéria de instituições, na década de 1990, com, por exemplo, GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Perspectives*. Lawrence, KA: Kansas University Press, 1999 e GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Esta perspectiva recebeu maior definição a partir da publicação do artigo SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No 28, 2002. Atualmente, são obras de referência para esta teoria institucional, as seguintes contribuições, entre outras: VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007; PILDES, Richard; LEVINSON, Daryl. “Separation of Parties, Not Powers”. *Harvard Law Review*, Vol. 119, 1, 2006; WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. *The Yale Law Journal*, Vol. 115, 1344, 2006; VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006; SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009; POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011; SUNSTEIN, Cass. “Choosing Not to Choose”. Harvard Public Law Working Paper, 14, 7, 2014; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The Law of “Not Now”. Harvard Public Law Working Paper, 14, 8, 2013; SUNSTEIN, Cass. “Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law”. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 147, 2007; VERMEULE, Adrian. “Three Strategies of Interpretation”. *San Diego Law Review*, 42:607, 2005; VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. New York, NY: Oxford University Press, 2011; VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: after the madisonian republic*. Oxford

atividades institucionais em um contexto jurídico-político buscando verificar, então, as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos<sup>3</sup>

Nesse ponto, a atuação e o comportamento das instituições, significa compreender, com profundidade, a sua dinâmica institucional em seu aspecto intrainstitucional e interinstitucional, verificando como as mesmas operam em suas capacidades institucionais, a fim de consolidar o projeto democrático-constitucional estabelecido.

O Estado necessita de um melhor mapeamento do desempenho das instituições estratégicas do Estado Democrático de Direito, uma vez que enfrenta com frequência circunstâncias de crises institucionais que comprometem toda estabilidade institucional. Para tanto, não basta apenas analisarmos a dimensão de competências formalmente constituídas, para os Poderes e suas instituições, mas, sobretudo, verificar a interação institucional.

O debate iniciado pela Teoria Institucional surge em crítica as chamadas visões perfeccionistas do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais. Porém, o estudo não se limita ao debate do comportamento judicial, mas a todas as instituições que compõem a ordem democrática estatal. Desse modo, no exercício deliberativo as instituições devem considerar (i) suas capacidades institucionais, para tal atuação, como interpretação e decisão e também (ii) prospectar os resultados que sistemicamente podem surgir a partir da atuação.

Há uma crescente demanda sobre o desenvolvimento da pesquisa no campo da Teoria Institucional, destacando a relevância de análises sensíveis a fenômenos como as capacidades institucionais. Cuida-se de uma perspectiva inovadora que desenvolve um olhar mais pragmático para problemas institucionais recorrentes na realidade estatal. Sendo a teoria constitucional norte-americana a referência para o estudo do tema, em razão da sua caminhada histórica singular que promoveu uma experiência constitucional e institucional única tendo como resultado a estabilidade e a efetividade da sua estrutura constitucional e do seu corpo de instituições de Estado. O debate sobre a teoria constitucional norte-americana, desse modo, tem muita experiência a oferecer à jovem democracia constitucional brasileira.

---

University Press, 2011. Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016

<sup>3</sup> VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. "Interpretation and Institutions". *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 28, 2002.



Nesse aspecto a legitimidade constitucional não está adstrita à dimensão normativo-interpretativa que se funda na análise dos critérios, teorias interpretativas e de decisão da Corte. Atualmente, faz-se necessário compreender que a efetiva realização e proteção de direitos fundamentais requer um desempenho adequado das instituições democráticas que compõem o corpo de instituições estatal, formando desenhos institucionais que atendam de maneira fidedigna os anseios democráticos da sociedade.

A teoria institucionalista apresenta a perspectiva de que a atuação institucional já não se encontra limitada severamente pela norma, mas possui determinadas capacidades de interpretar e atuar discricionariamente. Tais premissas apontam para a existência prática de uma certa liberdade de interpretação e comportamento que as instituições parecem possuir em determinadas situações.

No estudo do comportamento institucional norte-americano, verifica-se novo paradigma acerca da separação de poderes<sup>4</sup>, do *judicial review*, entre outros assuntos, não sendo mais princípios absolutos, mas sim resultados de um desempenho das instituições democráticas e seus desenhos institucionais.<sup>5</sup> Nesse cenário, o desempenho institucional, analisado sistemicamente, pode garantir um novo patamar para a compreensão da legitimidade constitucional, configurando o que na Teoria Institucional é chamado de virada institucional<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> O conceito de *Separação de Poderes* é bem antigo, visto desde a Grécia clássica. No entanto, a ideia que temos hoje foi basicamente formulada por Montesquieu e aperfeiçoada mais tarde por Madison nos Estados Unidos, com o *check and balances*. Apesar de ter perdurado no tempo, a tripartição dos Poderes tem ficado, cada vez mais, defasada e antiquada para a contemporaneidade contando com diversas críticas contrárias ao seu desenho tradicional e propondo na maioria das vezes um novo modelo de Separação de Poderes. Sobre o tema: LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. A Separação por Partidos, Não Poderes. In: Carlos Bolonha, Luigi Bonizzato e Fabiana Maia. (Org.). Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo. 1ed. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p.73-146; ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação dos Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; VERMEULE, Adrian. Optimal Abuse of Power. *Nw. UL Rev.*, v. 109, p. 673, 2014; WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *BCL Rev.*, v. 54, p. 433, 2013; LEVINSON, Daryl J. Foreword: Looking for Power in Public Law. 2016; ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias**. 2012.

<sup>5</sup> BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, M. ; RANGEL, Henrique . A Legitimidade na Teoria Institucional- os Efeitos Sistêmicos como um Aspecto Legitimatório. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 22, p. 148-169, 2013.

<sup>6</sup> A chamada *virada institucional* a que fazemos menção se encontra sintetizada na passagem a seguir: “In many ways the question of constitutional law is harder, simply because people disagree so sharply about what constitutes a good outcome. Ironically, however, constitutional law has already witnessed a significant if partial institutional turn: Many people emphasize that any approach to the Constitution must take account of the institutional strengths and weaknesses of the judiciary. Even here, however, we have seen that influential voices in constitutional law argue in favor of interpretive strategies in a way that is inadequately attuned to the issue of institutional capacities. Those who emphasize philosophical arguments, or the idea of holistic or intratextual interpretations, seem to us to have given far too little attention to institutional questions. Here as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to

A partir da *virada institucional* promovida no âmbito da teoria da interpretação jurídica e constitucional, passam a ser concebidas algumas *questões institucionais*. As questões institucionais foram afastadas pelos teóricos interpretativos, uma vez que a preocupação era em responder a questão de “o que eu faria se eu fosse juiz”<sup>7</sup>, caracterizando a cegueira institucional<sup>8</sup>. Desse modo, as questões institucionais não foram observadas nos modelos e construídos na histórica constitucional. No entanto, atualmente, depois do resgate institucionalista, é indispensável identificar o que uma instituição precisa e pode fazer ao se deparar com alguma controvérsia que não exista previsão legal ou exista de forma imprecisa e pouco eficaz.

Entre estas questões institucionais, apresentam-se as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos<sup>9</sup>. Sendo que (i) as capacidades institucionais pretendem resolver a questão de como certas instituições, em sua atuação, deveriam interpretar certos textos normativos com suas habilidades e limitações distintas e os (ii) efeitos sistêmicos, que visa às

---

considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority. But we have also suggested the possibility that in constitutional law, an assessment of those issues might lead to convergence, on appropriate methods, from those who disagree about what ideal judges should do”. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No 28, 2002, p. 48.

<sup>7</sup> Trata-se da crítica central à tradição de pensamento interpretativo no Direito formulada “the central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ em SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institution”. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No 28, 2002.

<sup>8</sup> Os tipos de *cegueira institucional* que desconsideram à análise das instituições concretas tratados por Vermeule: “a) *out-and-out philosophizing*: an account of interpretation from resolutely noninstitutional premises, particularly high-level political concepts like “democracy”, “authority” or “integrity” or abstractions about the character of legal language. Philosopher-lawyers like Ronald Dworkin are the paradigm here; b) *stylized institutionalism*: here the interpretative theorist talks about comparative institutional competence, but in a stylized or a stereotyped way, on the basis of abstract visions of “legislatures”, “agencies” and “courts”. (...) In these and other versions, stylized institutionalism proceeds by reference to conceptual claims about the essential features of legislatures, courts and agencies, rather than by the reference to empirical claims about institutions in particular legal systems; c) *asymmetrical institutionalism*: a distinct but related mistake is to take a cynical or pessimistic view of some institutions and an unjustly rosy view of others”. VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University, 2006.

<sup>9</sup> A presente pesquisa destaca o trabalho desenvolvido por Adrian Vermeule e Cass Sunstein em que se verifica a construção de duas premissas que norteiam a compreensão da teoria institucional, são elas as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos. Como revelam: The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts? [...] Its consequences for private and public actors of various sorts. Capacidades institucionais: “[...] a questão ‘é como certas instituições deveriam, com suas habilidades distintas e limitações, interpretar certos textos?’ Efeitos sistêmicos: “as consequências para os atores públicos e privados de vários ramos.” SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. —Interpretation and Institutions . *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 28, 2002; VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University, 2006.

consequências do uso das referidas capacidades para os atores públicos e privados dos vários ramos sociais e políticos. Isto significa que a instituição, ao invés de idealizar a atividade que deve realizar, necessita compreender quais os mecanismos possui para desempenhar sua atividade sem produzir, por exemplo, efeitos negativos à ordem social.

A perspectiva institucionalista, a partir da análise das questões institucionais, isto é, das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos, oferece um panorama de estudo obrigatório para os estudiosos do Estado contemporâneo, uma vez que apresenta além de reflexões teóricas, análises práticas. Na perspectiva prática dos estudos institucionalistas, verifica-se o fenômeno do Estado Administrativo, sendo este a objeto de maior relevância na discussão institucionalista contemporânea.

Desse modo, o presente trabalho tem como objeto de estudo o fenômeno do Estado Administrativo verificado na estrutura governamental norte-americana a partir da análise da interação institucional dos órgãos do Poder Executivo, voltados à formação de uma burocracia que regule e execute o projeto estatal de forma coerente e segura buscando a estabilidade.<sup>10</sup>

O Estado Administrativo tem sido utilizado entre os recentes pensadores da teoria institucional para designar um modelo de atividade jurídica e política com especial destaque do Poder Executivo, correspondendo a um dos principais pilares do marco teórico pós-madisoniano acerca da separação de poderes. Sendo que o Estado Administrativo se consolida a partir do desempenho e do comportamento das instituições básicas da sociedade, a começar dos seus próprios poderes de Estado<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> A perspectiva de que o Estado Administrativo é tido como o desenho que garante a segurança e a estabilidade institucional, podendo-se verificar na passagem a seguir: “In the modern administrative state, it is practically inevitable that legislators, judges and the public will, indeed must, entrust the executive branch with sweeping power to manage serious crises of this sort. Despite traditional concerns about excessive delegation of power to the executive, who may abuse that power or exploit it for unrelated ends, other actors have no real alternative in such cases” POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Crisis governance in the administrative state: 9/11 and the financial meltdown of 2008. *The University of Chicago Law Review*, p. 1613-1682, 2009 e VERMEULE, Adrian. Our schmittian administrative law. *Harv. L. Rev.*, v. 122, p. 1095, 2008

<sup>11</sup> O conceito de *estrutura básica da sociedade* se encontra na teoria de John Rawls, em sua *justice as fairness*. Trata-se do conjunto de instituições políticas, sociais e econômicas encarregadas de cuidar de questões essencialmente de justiça em torno daqueles princípios compreendidos como apriorísticos à própria atividade constitucional democrática. Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

Destaca-se, na análise do fenômeno do Estado Administrativo, a importância de uma perspectiva crítica ao tradicional modelo de separação de poderes<sup>12</sup>, já muito trabalhado contemporaneamente, devendo-se buscar um modelo de relação interpoderes que seja mais adequado para resolução de demandas que não possuem soluções estabelecidas pelo legislador ou quando definidas demonstram certo grau de inadequação geral.

Adrian Vermeule, Professor norte-americano da Harvard Law School, desde 2006, aponta que o Estado Administrativo é o tema central e inevitável da Teoria Constitucional moderna<sup>13</sup>. Destacando que a única diferença entre os arranjos constitucionais do final do século XVIII e os atuais é que o Estado Moderno é, por qualquer medida concebível, em grande parte um Estado Administrativo, isto é, o contemporaneamente o Estado é por natureza um Estado Administrativo, concebendo um governo essencialmente regulador por meio do corpo de agências reguladoras e executivo por meio das agências executivas.

Embora a Teoria Institucional e o Estado Administrativo sejam amplamente debatidos no âmbito internacional, ainda no Brasil, mesmo com a perspectiva revolucionária dos insights institucionais, da experiência e estudos constitucionais nos Estados Unidos, os mesmos não possuem a mesma relevância que outras perspectivas anacrônicas sobre o fenômeno estatal. Os debates jurídico-filosóficos brasileiros ainda estão concentrados no papel da lei e do intérprete judicial exclusivamente. O Brasil vivencia um excessivo apego a Lei ao papel do Juiz, aos moldes da tese imperial dworkiana<sup>14</sup>. Importando, nesse ponto, lembrar das críticas institucionais às correntes perfeccionistas, sobretudo em relação aos juízes, que, tradicionalmente, detêm a legítima prerrogativa interpretativa<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> POSNER, Eric. J.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: After the Madisonian Republic**. New York: Oxford University, 2010.

<sup>13</sup> VERMEULE, Adrian. **The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge**. Harvard Public Law Working Paper No. 13-28. In: TUSHNET, Mark; GRABBER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (org.). *Oxford Handbook of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

<sup>14</sup> “I must try to exhibit that complex structure of legal interpretation, and I shall use for that purpose an imaginary judge of superhuman intellectual Power and patience who accept law as integrity. Call him Hercules”. DWORKIN, Ronald.

<sup>15</sup> Uma dura crítica, no entanto, é formulada por Cass Sunstein em: “Or consider perfectionism: the view that the Constitution should be construed in a way that makes it best, and in that sense perfects it. Imagine a society – proudly called Olympus – in which the original public meaning of the document does not adequately protect rights, properly understood. Imagine that the text is general enough to be read to provide that protection. Imagine finally that Olympian courts, loosened from Thayerian structures, or from the original understanding, or from minimalism, would generate a far better account of rights and institutions, creating the preconditions for both democracy and autonomy. In Olympus, a perfectionist approach to the Constitution would be entirely appropriate”. SUNSTEIN, Cass. “Second-Order Perfectionism”. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No 144, 2006, p. 3

A estrutura institucional brasileira nasceu sob bases institucionais diferentes da norte-americana, diferentes experiências democráticas e sociais formaram sociedades completamente diferentes. Sendo assim, é natural que o Brasil não esteja vivenciando o mesmo caminho institucional norte-americano. No entanto, as instituições brasileiras apresentam uma falência sistêmica sistemática que requer de algum que os estudiosos da área tenham considerações acerca das possibilidades de modificação e reestruturação que poderiam ser pensados para tornar o Estado brasileiro mais eficiente, célere e estável.

A recente democracia brasileira tem enfrentado problemas de natureza institucional na tentativa de concretizar suas normas constitucionais, em particular, no plano dos direitos fundamentais, porém negligência a perspectiva institucional e a capacidade que a comunidade de instituições, do Estado, possui de operar de forma coordenada para um mesmo fim, partindo de um reconhecimento, amplamente difundido, de que a interpretação e aplicação da Lei não pode estar adstrita à instância judiciária, devendo se considerar as decisões e entendimentos promovidos pelas diversas instituições que compõem o Estado.

Desse modo, sustenta-se a seguinte hipótese: o Estado Administrativo é um fenômeno real e prático, que pode ser identificado na formação institucional do Estado norte-americano. As práticas regulatórias e executivas, do corpo de instituições que formam o Estado Administrativo, apontam para um redesenho Estatal, abandonando os padrões estabelecidos pelas teorias clássicas. No entanto, no Brasil, não verificamos a formação de um Estado Administrativo aos moldes do norte-americano, uma vez que sua estrutura de governabilidade é abissalmente diferente da norte-americana.

Ao sustentar esta hipótese, a pesquisa parte de um marco teórico institucionalista que trata das questões teóricas do Estado Administrativo, das instituições e da superação do Império da Lei por meio da Abnegação do Direito.

Este marco teórico parte da análise das reflexões do teórico Adrian Vermeule, em particular de sua última tese relativa ao *Law's Abnegation*<sup>16</sup> tratando acerca realidade da

---

<sup>16</sup> VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation**. Harvard University Press, 2016.

abnegação do direito vivenciada pela comunidade jurídico-política sob a perspectiva administrativa estatal, verificando na deferência institucional, sobretudo do Judiciário a chave para melhor diálogo das instituições e a manutenção da estabilidade estatal.

O presente estudo parte alguns referências teóricos fundamentais, para compreensão da hipótese, extraídos da teoria constitucional, sobretudo norte-americana, que esclarecem as bases da teoria institucional. Desse modo, será essencial a abordagem epistêmica trazida pelas teorias dos desenhos institucionais, dos diálogos institucionais, da democracia deliberativa, entre outras.

Emprende-se uma análise da experiência constitucional democrática norte-americana, por meio do marco teórico selecionado, com a finalidade última de promover a reflexão da realidade institucional brasileira no campo jurídico-político, mas especificamente no que tange à sua estrutura institucional.

Nesse sentido, aposta-se na abordagem teórica de Adrian Vermeule, denominada de abnegação do direito - *law's abnegation* - a característica fundamental do Estado Administrativo, demonstrando que não somente a discussão jurídica, ou melhor, a lei unicamente ocupa o espaço e linguagem na atuação das instituições com a função de interpretação e decisão no corpo estatal.

Pode-se dizer que a vinculação à lei, à legalidade vem caminhando em direção à abnegação, nesse passo, a ideia de legalidade está conectada ao império do direito, tradicionalmente garantido pela atuação do judiciário, enquanto que a abnegação estaria relacionada a uma ideia de acomodação da atuação criativa necessária da estrutura estatal, concretizando-se por meio do mecanismo da deferência judicial às interpretações jurídicas emanadas das instituições que compõe a administração pública<sup>17</sup>. Logo, a abnegação desponta da própria aplicação do direito que, em determinadas circunstâncias, reconhece suas limitações para estabelecimento de um decisão.

A força normativa, emanada do poder do Legislativo, não é mais o exclusivo parâmetro de atuação dos agentes da Administração Pública. O cidadão não conta mais

---

<sup>17</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

somente com o Parlamento para produção normativa. Há diversos setores atualmente que também o fazem. A Administração Pública não atua mais amarrada exclusivamente à lei. A abnegação é o reconhecimento que o peso da lei não limita mais na mesma perspectiva que a posição liberal tradicional conclamava, ao final do século XVIII.

A abnegação surge como um marco de reflexão contemporâneo, importante para legitimar decisões inovadoras importantes da administração, principalmente, quando situações de urgência se afigurarem no horizonte e demandarem soluções eficientes e céleres para manutenção da estabilidade estatal.

A abordagem da abnegação do Direito não pretende que a administração afaste-se da ordem jurídica na tomada de decisão. De outro modo, considera que para além do império da lei, as instituições irão, em suas decisões, verificar outros aspectos próprios do caso concreto, como analisando o custo/benefício das escolhas, os atores institucionais envolvidos, os recursos que serão ou não comprometidos entre outros aspectos<sup>18</sup>. Como resultado desse desenho, tem-se que permanece sob a tutela do aparato administrativo a apuração do essencial para manutenção da vida pública.

A lei não é suficiente para solucionar os problemas emergentes em determinadas situações de crise ou mesmo conter os possíveis abusos surgidos na prática administrativa, nem mesmo a Constituição detém esse potencial. Nesse cenário, os mecanismos de controle sobre o Executivo, alteram a sua metodologia de aplicação e o referencial deixa de ser a lei, para ser a análise do paralelo meios e fins pretendidos.

Em *Law's Abnegation*, Adrian Vermeule aponta que Ronald Dworkin imaginou a lei como um império e julgava como seus príncipes. Mas ao longo do tempo, o arco da lei se inclinou firmemente para a deferência do estado administrativo. Adrian Vermeule argumenta que a lei abandonou livremente suas pretensões imperiais, e o fez por razões legais internas:

*Na área após a área, juízes e advogados, elaborando as implicações lógicas dos princípios legais, acreditam que os administradores devem ter ampla margem de manobra para estabelecer políticas, determinar fatos, interpretar estatutos ambíguos e até mesmo definir*

---

<sup>18</sup> “In classical constitutional theory, Law files the Center of the frame. In the administrative state, however, law becomes a marginal phenomenon.” VERMEULE, Adrian. *Law’s Abnegation: From Law’s Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016, p. 209

*os limites de sua própria jurisdição. As agências têm maior legitimidade democrática e competência técnica para enfrentar muitas questões do que advogados e juizes. E como as questões que o Estado enfrenta envolvendo mudanças climáticas, terrorismo e biotecnologia (para citar alguns) tornaram-se cada vez mais complexas, a lógica jurídica indica cada vez mais que a abnegação é o curso de ação mais sábio.*<sup>19</sup>

Como a Law's Abnegation deixa claro, o Estado não adulterou a lei. O poder judiciário voluntariamente se relegou às margens do poder. O último e maior triunfo do legalismo era se deitar.<sup>20</sup>

Em Law's Abnegation Vermeule apresenta uma resposta aos críticos do Estado Administrativo, apresentando uma discussão acerca das decisões racionalmente arbitrária, uma análise da deferência e do devido processo.

A tese é particularmente atraente devido à metodologia que a Vermeule empregou. Uma década atrás, em *Judging Under Uncertainty*<sup>21</sup>, Vermeule estabeleceu uma abordagem "institucionalista" para a interpretação legal, argumentando com base em suas informações e competências limitadas, os juizes devem adotar um conjunto restritivo e não ambicioso de ferramentas para interpretar disposições estatutárias e constitucionais, adiando as agências administrativas onde os estatutos são pouco claros e adiando para legislaturas onde a linguagem constitucional não é clara ou afirma aspirações gerais<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> "I will attempt to build up this thesis through the sheer weight of example. In area after area, lawyers and judges, working out the logical implications of their principles with a view to rational consistency, have come to the view that administrators should have broad leeway to set policy, to determine facts, to interpret ambiguous statutes, and even—in an intolerable affront to the traditional legal mind—to determine the boundaries of the administrators' own jurisdiction, acting as "judges in their own cause." I hope to show, in area after area, that legal controls crafted by actors who sought to constrain the gradual advance of administration have given way". VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 1

<sup>20</sup> Although in earlier eras law claimed (rightly or not) to represent the overarching impartial power that resolved and reconciled local conflicts over the activities of government, the long arc of the law has bent steadily toward deference—a freely chosen deference to the administrative state. Law has abnegated its authority, relegating itself to the margins of governmental arrangements. Although there is still a sense in which law is constitutive of the administrative state, that is so only in a thin sense—the way a picture frame can be constitutive of the picture yet otherwise unimportant, compared to the rich content at the center. VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 1

<sup>21</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006

<sup>22</sup> "(...) the problem is that judges are unable to put values to the variables that institutional analysis identifies as relevant. (...) These conditions make interpretative choice an exercise in choice under conditions of empirical uncertainty and bounded rationality." VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University, 2006, p. 155



A metodologia estabelecida por Vermeule em seu livro demonstra exatamente a sua preocupação em verificar na atuação jurisdicional a sua tese institucionalista inicialmente apresentada uma década antes. Aborda uma prática interpretativista<sup>23</sup> para comprovar que o institucionalismo é vivo no Constitucionalismo norte-americano. Como Vermeule explica, seus "compromissos metodológicos" decorrem do seu "enquadramento" do *judicial review* moderno da ação administrativa como um exercício altamente deferente que tenta apenas determinar se as agências administrativas ultrapassaram claramente os limites externos do defensável<sup>24</sup>. Ele continua escrevendo:

*Quero oferecer um argumento de advogado interno ao invés de um argumento da economia ou da ciência política ou da teoria política. De fato, o argumento em si mesmo é Dworkinian no sentido de que não é descritivo nem normativo, mas interpretativo. O objetivo é descobrir a melhor interpretação construtiva da trajetória da lei - "lei como integridade". Assim, abordo de um lado para o outro entre ajuste e justificação. Ao invés de teorizar nos primeiros princípios, vou tentar mostrar que, condicionando a aceitação do impulso geral da doutrina legal existente, a abnegação baseada no bom raciocínio advogado é a melhor justificação de princípios dessa doutrina. Usando todas as ferramentas tradicionais de advogados de textos precedentes, constitucionais e estatutários, e princípios de nível médio de design e operação institucional, procuro mostrar que a lei se passou sob o trono do estado administrativo, e o fez porque a melhor*

---

<sup>23</sup> My methodological commitments follow from this framing. I mean to offer an internal lawyer's argument throughout, rather than an argument from economics or political science or political theory. Indeed the argument throughout is itself Dworkinian in the sense that it is neither descriptive nor normative but rather *interpretive*. The aim is to uncover the best constructive interpretation of law's trajectory—"law as integrity." Thus I systematically tack back and forth between fit and justification. [...] There is some irony in a Dworkinian argument that, on the best understanding of law's trajectory, law has abdicated its imperial pretensions, and has done so for valid lawyerly reasons. But there is no real methodological puzzle here; good Dworkinians have to follow integrity where it leads. The only thing that makes it surprising is that Dworkin himself and many Dworkinians have romanticized courts and the common law. But all that is idiosyncratic, merely biographical and sociological. I mean to detach Dworkinian integrity from Dworkin's own peculiar proclivities, and the proclivities of his epigones. VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 8 e 9

<sup>24</sup> Law exists both inside and outside the courts, but the heartland of law's empire has always been judicial decision-making.<sup>1</sup> And today, judicial review of agency action is becoming or has become, in area after area, a highly deferential exercise that attempts only to determine whether administrative agencies have clearly gone beyond the outer bounds of the defensible, whether in a legal sense, a policy sense, or a factual sense. A generation ago, Martin Shapiro already discerned the "root of American judicial review, that judges are to declare unlawful whatever they find to be *very* unreasonable." Today a more accurate version would cast Shapiro's idea in negative terms: judges have decided that they may declare unlawful *only* what they find to be very unreasonable. Shapiro's dictum has been transformed from a sufficient to a necessary condition. VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 7

*compreensão interna dos argumentos legais, funcionou pura em virtude de um compromisso com consistência fundamentada, indicou que deveria.*<sup>25</sup>

Dworkin foi notoriamente silente sobre o Estado Administrativo. Para Vermeule, Dworkin provavelmente ficou em silêncio porque aplicar a teoria do direito de Dworkin como integridade ao direito administrativo demonstraria as pretensões particulares daqueles que governam o Império do Direito. As razões da lei, entendidas por ajuste e justificação, apontaram o caminho para a abnegação da lei diante de o Estado Administrativo.<sup>26</sup>

O objetivo do presente trabalho é apresentar o fenômeno do Estado Administrativo, suas principais discussões teóricas, seu caminhar histórico e sua tendência de promover abnegação do Direito no Estado, verificando se o mesmo ocorre na realidade brasileira.

Quanto ao aparato metodológico do trabalho, delimita-se as áreas de investigação da pesquisa para sustentar a análise do objeto de estudo, a saber, as Estado Administrativo e sua tendência de promover a abnegação do Direito. A pesquisa fez uso de documentação de textos científicos de revistas, de livros doutrinários e sítios da internet, além de documentos normativos. Desenvolvendo a pesquisa por meio do método hipotético dedutivo, ancorada nos expoentes contemporâneos da Teoria Institucional, por meio da pesquisa de textos específicos que versam especificamente da temática tratada, desenvolve uma análise minuciosa da teoria por trás da formação dos Poderes estatais e assim reflete hipóteses teóricas devidamente formuladas ao início.

---

<sup>25</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 7

<sup>26</sup> I conclude as I began, with the puzzle of Ronald Dworkin's near-total silence about the administrative state and administrative law. Perhaps Dworkin was simply oblivious, but I have speculated on another explanation. Even those who reject Dworkin's claims to greatness grant him the laurel crown of a master sophist and advocate; and a rule of thumb with the greatest sophists and advocates is that the weak points of their case will be found precisely in the areas of their silence. Dworkin's silence about the administrative state implicitly speaks a book of legal theory—this book. [...] The history and logic of U.S. administrative law suggest that, in our system anyway, law's empire—in Dworkin's sense that makes courts the heartland of law—cannot coexist with the administrative state. Again, this is not to say that law-enforced-by-courts and the administrative state cannot coexist at all, just that both cannot simultaneously be paramount. Only one can be master, and law has decided to give way. Law's reasons, understood through fit and justification, have pointed the way toward law's abnegation in the face of the administrative state. VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 219

## 1. O ESTADO ADMINISTRATIVO

A velocidade do século XXI impõe uma nova proposta de Estado. A configuração institucional clássica do Estado já não atende mais às necessidades presentes no mundo contemporâneo. A máquina administrativa precisa atuar na mesma velocidade da sociedade, para tanto, não pode mais depender de estruturas anacrônicas que limitam e interferem na gerência estatal. A Teoria do Estado Administrativo discute exatamente este dilema enfrentado pelo Estado contemporâneo, admitindo que é necessário considerar as capacidades institucionais que as instituições possuem a fim de formar um corpo de instituições preparadas para atender a necessidades sociopolíticas vivenciadas no Estado.

Nesse sentido, pode-se, de forma geral, caracterizar o Estado Administrativo pela concentração na administração estatal das competências e funções próprias do poder executivo, voltados a formação de uma burocracia profissional que regule e efetive os planos sociopolíticos do Estado. O Estado Administrativo é uma concepção tipicamente norte-americana, sendo estruturada por meio de agências que compõem a burocracia estatal norte-americana.

O desenho constitucional, resultante da concentração na administração pública, é propriamente o Estado Administrativo e, da mesma maneira que este parece ser a descrição mais adequada da realidade institucional norte-americana, não parece representar com maior propriedade o contexto jurídico e político brasileiro. O Estado Administrativo se desenhou no Estados Unidos buscando aparelhar a administração pública para solucionar os problemas promovidos pelas diversas ordens econômicas vinculadas à máquina pública, uma vez que gesto público executa e regula variadas atividades desde a prestação de serviços públicos em geral até demandas circunstanciais em momentos de crise, guerra e necessidade social.

A administração está sujeita a responsabilidades de ordem tão variadas que somente um aparato burocrático profissional poderia oferecer respostas céleres e eficientes para atender aos anseios sociais. O Estado Administrativo, desse modo, surge como um conceito teórico que traduz o desenho prático conformado pela atuação, dos agentes institucionais

capacitados, do Poder Executivo. Dessa forma, o Estado Administrativo apresenta alguns traços peculiares que transformam propostas teóricas consolidadas no constitucionalismo<sup>27</sup>.

O Professor Adrian Vermeule aponta que o Estado Administrativo é o tema central e inevitável da Teoria Constitucional moderna<sup>28</sup>. Destacando que a única diferença entre os arranjos constitucionais do final do século XVIII e os atuais é que o Estado Moderno é, por qualquer medida concebível, em grande parte um Estado Administrativo, isto é, o contemporaneamente o Estado é por natureza um Estado Administrativo, concebendo um governo essencialmente regulador por meio do corpo de agências reguladoras e executivo por meio das agências executivas.

No panorama institucional do final do século XVIII e até começo do século XIX, podem-se verificar certos precursores do Estado Administrativo<sup>29</sup>, porém não nos mesmos contornos contemporâneos, uma vez não observa a forte burocracia que estrutura e constitui a experiência do governo para os cidadãos.

Nos últimos anos, viu-se a publicação de ataques acadêmicos e judiciais de destaque nas premissas jurídico-político-filosóficas em que repousa o estado administrativo, bem como a jurisprudência que facilitou sua expansão - jurisprudência caracterizada por deferência judicial às decisões administrativas. Poucos estudiosos defenderam o Estado administrativo e a jurisprudência administrativa contra tais críticas com mais zelo que o Professor Adrian Vermeule.

Desse modo, o presente capítulo realizará uma análise: (2.1) histórica da formação do Estado Administrativo no panorama norte-americano e (2.2) histórica do Estado Administrativo no Brasil e sua viabilidade.

---

<sup>27</sup> HAMBURGUER, Philip. **Is Administrative Law Unlawful?** Chicago: University of Chicago, 2014.

<sup>28</sup> VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. Harvard Public Law Working Paper No. 13-28. In: TUSHNET, Mark; GRABBER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (org.). *Oxford Handbook of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

<sup>29</sup>

### 1.1. O Estado Administrativo norte-americano

O Estado norte-americano iniciou sua caminhada histórica pautado pela experimentação, uma vez que iniciaram o projeto de Estado sem grandes referências. Para o exercício das atividades administrativas foram criadas entidades conhecidas como “agências”. As primeiras agências foram criadas a nível estadual para auxiliar o Poder Legislativo, seja disponibilizando informações técnicas, seja para colaborar em algum assunto específico. Diversos Estados como Connecticut, Rhode Island, New Hampshire, New York e Vermont criaram agências nos anos de 1850.<sup>30</sup>

Depois dessa fase, entre 1869 e 1887, surgiram as agências estaduais para regular o serviço ferroviário, a mais importante atividade econômica naquele momento da história estadunidense. Participando os Estados da Nova Inglaterra, de Massachusetts do Colorado, de Connecticut, Iowa, Kentucky, Maine, do Michigan, de Nebraska, de New York, Ohio, de Rhode Island, de Vermont, de Virginia e de Wisconsin.<sup>31</sup>

Em 1871, o estado de Illinois criou uma agência dotada de vastos poderes, de modo que a agência poderia exercer intenso controle sobre as atividades ferroviárias. Sendo seguido pelos Estados do Alabama, da Califórnia, da Geórgia, do Kansas, de Minnesota, de Mississippi, de New Hampshire e de South Carolina).

Mas foi em 1932 com o caso *Crowell v. Benson*, envolvendo uma agência encarregada de decidir casos de compensação do trabalhador envolvendo trabalhadores marítimos feridos. A opinião do Juiz da causa Hughes de muitas maneiras estabeleceu as linhas de demarcação que foram escritas na *Administrative Procedure Act* de 1946, o grande estatuto ou a quase constituição do Estado Administrativo.

---

<sup>30</sup> “Viewed generally, therefore, these earliest commissions were occasional, and created for the handling of special or ad hoc situations. They had a variety of functions, but mainly they were to serve as fact-finding agencies for the legislature and to handle tasks which that body had undertaken and in which it had failed. They were looked upon as agents of the legislature and not in any sense as part of the executive branch.” Cf. CUSHMAN, Robert. *The Independent Regulatory Commissions*. New York, NY: Octagon Books, 1972.

<sup>31</sup> Cf. CUSHMAN, Robert. *The Independent Regulatory Commissions*. New York, NY: Octagon Books, 1972.

O Juiz Hughes teve um papel fundamental no esforço para construir um mecanismo estável de deferência para Administração, promovendo um equilíbrio entre o judiciário e a Administração. No entanto, o equilíbrio inicialmente criado pelo juiz foi desfeito, vez que o Estado Administrativo hoje ocupa um projeto mais proeminente dentro da estrutura estatal norte-americana.

Daniel Ernst escreve o livro *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*<sup>32</sup>, que não é exatamente o livro com um relato de como o estado administrativo americano chegou a ser estabelecido no início do século XX. Também não explica como o novo estado administrativo mudou a vida americana, ou mesmo como a sociedade americana como um todo se adaptou a esse estranho fenômeno novo.

O objetivo de Daniel Ernst é mais estreito. Ele mostra como os advogados, juízes e juristas responderam aos problemas colocados pelo crescimento da burocracia ao estabelecer as bases do direito administrativo americano, nos anos críticos entre 1900 e 1940. O Administrative Procedure Act de 1946, afirma Ernst, apenas codifica melhores práticas estabelecidas.

As ansiedades provocadas pela expansão do poder regulatório no início do século XX foram substanciais e justificadas. Os governos estavam criando novas comissões e afirmando seu direito de regulamentar de forma mais vigorosa, mas a linguagem estatutária que atribuía poderes aos reguladores era muitas vezes vaga.

A Interstate Commerce Commission, por exemplo, teve o mandato de limitar os "métodos de concorrência injustos", enquanto a Comissão de Comércio Interestadual deveria limitar as ferrovias a um "retorno justo" em seus ativos. E as práticas burocráticas eram muitas vezes desprezíveis. Às vezes, as empresas não recebiam notificações de ações pretendidas, ou uma oportunidade para uma audiência. Às vezes, as agências não mantinham nenhum registro de suas investigações e não deviam motivos para suas decisões. Às vezes, as decisões eram tomadas pelos mesmos burocratas que haviam acusado os cidadãos de terem cometido erros ou feitos após conversas privadas das quais os cidadãos afetados desconheciam completamente. Essas práticas ofenderam as noções comuns sobre justiça e

---

<sup>32</sup> ERNST, Daniel R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press (UK), 2014. APA

muitas vezes tornaram impossível que os tribunais determinassem que os burocratas haviam exercido seus poderes adequadamente.

Como o Direito poderia responder a esses problemas? Daniel Ernst descreve três opções que foram debatidas entre 1900 e 1940. A primeira foi uma adaptação dos princípios alemães de *Rechstaat*, segundo a qual a discricão burocrática seria limitada por leis habilmente elaboradas. Os mandatos vagos seriam substituídos por "regras definitivas"<sup>33</sup> e, portanto, o potencial de abusos seria reduzido. Mas foi difícil produzir regras precisas e bem elaboradas, tendo em conta as características anárquicas e amadoras dos legisladores americanos, bem como as incertezas sobre políticas que só poderiam ser resolvidas à medida que os reguladores aprendessem com a experiência.

Uma segunda abordagem foi uma posição dura de controle judicial. Os tribunais poderiam insistir em seu direito a julgamentos burocráticos de segunda instância sobre questões de fato e direito. Na prática, isso significava que os tribunais, ao invés de burocratas, tornaram-se os reguladores de fato, porque empresas infelizes ou cidadãos poderiam apelar para o judiciário para uma reconsideração completa de seu caso. Esta posição de linha dura era consistente com as opiniões do influente jurista britânico A.V. Dicey. Mas era cada vez mais impraticável: os tribunais não podiam lidar com a carga de trabalho e não possuíam o conhecimento para adivinhar as decisões burocráticas.

A terceira abordagem foi mais pragmática. Onde haveria tolerância à delegações de poder e também à restrição no controle da ação burocrática pelos tribunais. Mas, o palco burocrático precisava atender a certos padrões. As decisões deveriam ser feitas por administradores especializados e não políticos, e o processo de tomada de decisão devia estar de acordo com certos requisitos processuais - com aviso adequado, oportunidade de audiência, proibição de discussão *ex parte*, separação de procuradorias e papéis qualitativos, um registro devidamente preparado e motivos adequados para as decisões. O procedimento administrativo aproximaria "a estrutura, procedimentos e lógica do judiciário"<sup>34</sup>. Este foi o acordo que foi elaborado lentamente entre 1900 e 1940, e ratificado na Lei do Procedimento Administrativo de 1946.

---

<sup>33</sup> ERNST, Daniel R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press (UK), 2014. p.13

<sup>34</sup> ERNST, Daniel R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press (UK), 2014. p.5

Daniel Ernst mostra que a ascensão da abordagem pragmática não era direta. Levou um tempo para diferentes círculos eleitorais - empresários, advogados, juízes, burocratas e acadêmicos - para elaborar seus detalhes, desenvolver uma justificativa coerente e ver como funcionou na prática. Muitos empresários, por exemplo, finalmente perceberam que uma burocracia bem regulamentada era preferível aos caprichos de uma legislatura ativista, enquanto muitos advogados perceberam que o novo Estado Administrativo era, entre outras coisas, uma fonte confiável de renda. Como Ernst mostra vívidamente, o surgimento da abordagem pragmática também foi complicado pela política do New Deal e pelas rivalidades pessoais entre os juristas.

Há maneiras pelas quais o argumento do Nightmare de Tocqueville pode ser desenvolvido de forma mais completa. Por exemplo, este é um excelente exemplo de aprendizagem de políticas: a nação enfrenta um novo problema (o aumento do poder burocrático) e desenvolve uma resposta a esse problema (o novo corpo de direito administrativo). O processo leva uma geração a se desdobrar: e muitas vezes é prejudicado por contratemplos, mas produz mudanças institucionais substanciais.

Atualmente, aponta Vermuele, que a fronteira do Estado Administrativo, mudou marcadamente, com a lei dando lugar à administração em quase todas as margens identificadas - em grande parte porque a lei abnegou sua autoridade à administração. Para Vermeule, Dan Ernst autor do Livro *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*<sup>35</sup>, não está absolutamente claro se o equilíbrio que ele identifica no Estado Administrativo nas suas bases iniciais persiste até o presente, sem dúvida porque a história de 1940 até o presente não é a história que ele está buscando apresentar. Mas, para entender o significado de seu livro, é importante entender que o que oferece é um retrato de um equilíbrio particular, que desapareceu desde então. A tentativa de meados do século de controlar o Estado Administrativo americano, descrito tão habilmente por Ernst, foi desfeita, e para Vermeule é visível que outro cenário ocupou o seu lugar.

Daniel Ernst constrói em seu livro uma narrativa altamente legível e equilibrada entre a análise histórica e a constitucional. Havendo um grande embate as visões da relação entre a

---

<sup>35</sup> ERNST, Daniel R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press (UK), 2014.



lei e a administração. Os juristas foram atormentados com "pesadelo de Tocqueville", que revelava a visão de uma administração centralizada abusando de seus poderes e atropelando os direitos legais. Esse medo ainda é real como mostra o recente livro de Philip Hamburger intitulado *Is Administrative Law Unlawful?*. As principais alternativas ou concorrentes podem ser entendidas como diferentes concepções da *rule of law*. Uma alternativa, defendida por Hermann Ernst Freund, foi a ideia alemã do *Rechtsstaat* - o estado de direito da lei fundado em promulgações positivas claras que conservam os limites "onde prevaleceu a vontade do soberano e onde cedeu à vontade do indivíduo".<sup>36</sup> O ideal do *Rechtsstaat*, no entanto, perdeu para uma concepção diferente do estado de direito, defendida por Hughes, entre outros - uma versão modificada e atualizada do ideal de Albert Venn Dicey que submeteu todas as ações a serem revistas pelos tribunais comuns.

Após o surgimento do Estado Administrativo, a versão original do ideal Diceyan foi um não-iniciante. Dan Ernst apresenta, de forma convincente, que mesmo alguns juristas tradicionais entenderam e apreciaram a experiência e a eficiência de agências relativamente não políticas, que eram mais profissionais e menos propensas a ser invadidas pela política de patrocínio do que outros potenciais legisladores, como comitês legislativos, além de serem mais especializados no assunto e menos caro do que os juízes e os seus elaborados processos litigiosos.

Os advogados se reinventaram como engenheiros transacionais, pastoreando clientes por meio do processo administrativo - não como "oficiais do tribunal", mas "oficiais do estado"<sup>37</sup>. No entanto, agentes como Hughes também trabalharam para traduzir ou adaptar os compromissos da Dicey no novo ambiente, desenvolvendo uma abordagem que manteve um papel crucial para a revisão judicial das ações administrativas. Como Richard Fallon observou em um contexto diferente mas relacionado, a abordagem de Dicey traduzida, não tentou tanto tratar cada caso em questão, mas sim fornecer um esquema geral de revisão que seria suficiente para manter o Estado Administrativo dentro dos limites da lei.

O quadro erguido em *Crowell v. Benson* tinha componentes múltiplos. Falando muito grosseiramente, os principais elementos foram que (1) os tribunais analisariam todas as

---

<sup>36</sup> ERNST, Daniel R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press (UK), 2014. p.2

<sup>37</sup> *Idem*. p.6

questões de direito de novo, sem realizar deferência às agências; (2) em julgamento entre particulares (casos de "direito privado"), as agências podem decidir os fatos sujeitos a controle judicial diferida por "evidências substanciais", em um registro formal desenvolvido dentro da própria agência; (3) no entanto, quanto aos "fatos jurisdicionais" e "fatos constitucionais", o controle judicial seria baseada em indícios independentes, sem deferimento.<sup>38</sup>

Mais tarde, as opiniões de Hughes explicaram este quadro quase judicial para a tomada de decisões de agência, talvez a mais famosa seja a regra de *Morgan v. United States* de 1936, segundo a qual "quem decide deve ouvir" - o que significa que o agente administrativo que decide o caso deve ouvir pessoalmente e considerar a evidência.

Os casos *Crowell*, *Morgan* e outros casos auxiliares trabalharam em conjunto com um requisito geral de que as agências devem, pelo menos, presumidamente, decidir os casos ao fazerem conclusões críticas em um registro definido - um requisito de que Ernst chama de "*A chave para entender as origens do século XX do Estado Administrativo na América*"<sup>39</sup>.

Visto no amplo, o novo equilíbrio tinha duas características principais. O que Ernst enfatiza é que os arranjos implicitamente levaram os tribunais e o procedimento judicial a um patamar de padrão de legitimação promovendo uma mudança do procedimento da agência na tentativa de o tornar mais próximo do procedimento jurídico. Ao invés de tomar decisões, os tribunais deveriam apenas rever o que as agências fizeram, mas para além disso dominavam doutrinas que comandavam ou encorajavam as agências a usarem procedimentos semelhantes aos tribunais.

A segunda característica importante foi o caráter de compromisso dos arranjos. Hughes tentou acomodar e negociar dois grandes imperativos: o desejo de permitir um "método rápido, contínuo, perito e barato" de tomada de decisão e a necessidade de evitar que o Estado Administrativo evolua para o que Crowell chamou de "um governo de caráter burocrático estranho ao nosso sistema", isto é, o pesadelo de Tocqueville.

---

<sup>38</sup> Aponta Vermeule que existe uma questão interpretativa, discutida mais claramente por Mark Tushnet, se as categorias de "fato jurisdicional" e "fato constitucional" são diferentes ou iguais, porém no texto *Tocqueville's Nightmare* Dan Ernest não faz diferenciação.

<sup>39</sup> ERNST, Daniel R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press (UK), 2014. APA. p.3

Respondendo a ambos os imperativos, a estrutura de Crowell teve, inevitavelmente, um caráter, grosso modo, de otimização. O Administrative Procedure Act adotou posteriormente uma abordagem semelhante. O Justice Robert Jackson descreveu recentemente o Act como uma carta de compensações, que "estabelece afirmações longamente continuadas e difíceis, e elabora uma fórmula sobre qual das forças sociais e políticas opostas têm descansado". Entre os principais *trade offs* e compromissos da Lei é a sua elaborada rede de regras que em parte respeitam, mas em parte abandonam, a noção tradicional de Separação de Poderes de que a adjudicação não deve ser concentrada. O Ato separa funções, mas apenas abaixo do nível da própria agência, o que, de maneira geral, pode fazer regras, processar casos e decidir os casos em si.

Como está o compromisso Crowell hoje? Tanto em termos do que abordou, quanto em relação ao que não conseguiu abordar, ele não representa mais o equilíbrio predominante entre administração e direito.

Os principais elementos do quadro foram desfeitos, de maneiras que transferiram o poder dos tribunais para as agências. Em geral, essa mudança ocorreu através da ação de juízes e tribunais próprios - um processo de abnegação ao invés de conquista. A lógica interna da argumentação jurídica empurrou para uma deferência judicial cada vez maior para as agências<sup>40</sup>.

Quanto às questões de direito, mesmo antes da promulgação da Administrative Procedure Act, a decisão de *Hearst Publications* em 1944 indicou que os tribunais podiam decidir, em certos casos, que é melhor adiar o entendimento das agências sobre questões legais. Os casos de *Hearst* e sucessores não deixaram claro se tal deferência deveria se aplicar apenas a "perguntas misturadas" de direito e fato, ou também a "questões de direito puro", e os tribunais lutaram com o problema.

No momento da decisão *Chevron* em 1984<sup>41</sup>, no entanto, os tribunais estavam dispostos a adotar uma presunção geral e, em grande parte, de ficção, que o Congresso

---

<sup>40</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

<sup>41</sup> 467 US 837 (1984).

pretende que os tribunais adiem às agências sempre que os estatutos são ambíguos ou silenciosos. Com uma leve camuflagem naquela ficção, os tribunais abnegavam autoridade às agências, em grande parte - como também admitiu a opinião da Chevron - devido à crescente complexidade e sensibilidade política das questões "legais" no Estado Administrativo. Os tradicionalistas sobre a Separação de Poderes nunca se reconciliaram completamente com a decisão Chevron, mas para a geração crescente é um dispositivo intelectual que estrutura suas intuições legais. Vermeule aponta que um mundo de decisões judiciais genuinamente de novo em todas as questões "legais" é agora inimaginável.

Nas décadas após a Segunda Guerra Mundial, especialmente nos anos 70 a regulamentação da agência tornou-se central, encorajada por acadêmicos e juízes que acreditavam que a adjudicação carecia das virtudes de generalidade e clareza que as regras poderiam oferecer. Até certo ponto, a criação de regras foi instalada e legalizada por outros juízes nos anos 60 e 70 que desenvolveram doutrinas que exigiam que as agências usassem procedimentos extras, além dos exigidos pela Lei; exigiu que as agências forneçam explicações elaboradas para as regras; e as agências forçadas a executar a reviravolta da revisão dura. No entanto, este novo controle da regulamentação foi, em parte, controlada pelo Supremo Tribunal, que rejeitou as tentativas judiciais de processar a regulamentação na decisão de Vermont Yankee em 1978 e que periodicamente análise os excessos da prática do "hard look review" pelos tribunais inferiores.

Tanto no que abordou quanto no que falhou, portanto, o equilíbrio de Crowell já não é realizável; o esforço para controlar o Estado Administrativo é uma questão aberta se qualquer esforço desse tipo pode ser bem-sucedido. Ernst observa que mesmo que o equilíbrio que ele retrata não consiga mais, sua narrativa "permanece relevante porque mostra que os construtores do novo Estado Administrativo não sucumbiram a ideologias alienígenas"<sup>42</sup> Seu livro refuta assim "uma queixa que ganhou popularidade desde a erupção do movimento Tea Party em 2009: os construtores de estado do início do século XX abandonaram a tradição americana do individualismo"<sup>43</sup>. Isso é verdade e importante, mas também é verdade que a queixa do Tea Party poderia simplesmente ser transferida no tempo, digamos para 1984, o ano em que a Chevron foi decidida - e, de fato, a Chevron é um dos principais objetivos das obras

---

<sup>42</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p.144

<sup>43</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p.7

revanchistas recentes, de Hamburger e outros, que condenam o Estado Administrativo como inconstitucional.

## 1.2. Estado Administrativo no Brasil

O caminhar histórico do Direito Administrativo no Brasil demonstra, de forma evidente, a diferença abissal que existe entre a realidade institucional administrativa brasileira e norte-americana. Enquanto a jornada norte-americana para conformação do Estado Administrativo foi bem pontuada por diversas jurisprudências e mudanças institucionais, a realidade brasileira é marcada até o início dos anos 90 por uma excessiva centralização que impediu qualquer desenvolvimento de uma estrutura institucional que se aproximasse do desenho do Estado Administrativo norte-americano.

No início dos anos 90 quando conseguiu iniciar um projeto próximo ao modelo do Estado Administrativo norte-americano, o mesmo foi implantado com diversas falhas. Traço marcante da dificuldade de consolidação de um projeto de Estado Administrativo no Brasil é a falta de deferência dos Poderes Judiciário e Legislativo para com as decisões originadas da administração pública. Adrian Vermeule, em sua obra “*Laws Abnegation*”, aborda a forma como esta deferência passou a ser parte da realidade institucional norte-americana, através de um processo institucional natural<sup>44</sup>, demonstrando enfaticamente a grande diferença das duas realidades institucionais.

O estudo do Direito Administrativo no Brasil remonta aos idos de 1851, havendo pouquíssimos livros sobre o tema, sendo o primeiro a ser utilizado no Brasil o livro de Antônio Joaquim Ribas. A doutrina daquele período sofreu grande influência do Direito Francês que, em linhas gerais, estruturava-se exclusivamente na organização de um aparato governamental voltado a execução de regras legitimadas pelo processo legislativo.<sup>45</sup>

A estruturação da máquina burocrática brasileira se deu nos mesmos moldes franceses sob a teoria tripartite da separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). No Brasil

---

<sup>44</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

<sup>45</sup> O Professor Sérgio Guerra no artigo *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*, apresenta um pequeno apanhado dos passos históricos da ciência administrativa brasileira quanto às características essenciais ao Estado Administrativo.

e na França adotou-se o Executivo Unitário, de modo a prevalecer o regime hierárquico entre os órgãos executivos.

O Brasil teve sua história institucional marcada pela centralização da administração próxima ao modelo francês e bem diversa do modelo de separação do Poder Executivo do denominado “Poder Administrativo” estadunidense, uma vez que conforme apontamentos de estudiosos da época “não existe, pois, um poder administrativo distinto e independente do executivo”<sup>46</sup>. A Constituição Federal de 1981 também trazia a forte concentração.

No período Getúlio Vargas, a centralização aumentou significativamente. O ato que instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil (Decreto No 19.398 de 11 de novembro de 1930), explicitou o poder discricionário da Chefia do Poder Executivo<sup>47</sup>. Diversas entidades foram criadas a partir do Decreto. Elas regulavam a produção e o comércio de alguns produtos, bem como estruturavam programas visando direcionar atividades econômicas, dando certos contornos de Estado Administrativo.

Getúlio Vargas criou o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, para regular a agricultura canavieira, controlando a produção, o comércio, a exportação e os preços do açúcar e do álcool de cana, o Departamento Nacional do Café (posteriormente, transformado no IBC), o Instituto Nacional do Mate – INM, Conselho Nacional do Petróleo, o Instituto Nacional do Pinho – INP e instituiu as Comissões Executivas de Frutas, do Leite, de Produtos da Mandioca e da Pesca.

A Constituição de 1937 por meio de conceitos jurídicos indeterminados, lançou-se os mecanismos de limitação do controle dos seus atos administrativos.<sup>48</sup> O Estado Novo vigorou

---

<sup>46</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: F.L. Pinto & C., Livradores-Editores, 1866

<sup>47</sup> Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país; [...] Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.

<sup>48</sup> “Art 73 - o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País. Art 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução; b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12 e 13; [...] Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do

entre 1937 e 1945, sendo promulgada nova Constituição Federal em 1946, trazendo avanços na contenção do Poder Executivo, até ser completamente descaracterizada por meio de atos decorrentes do golpe militar de 1964.

A marcada centralização do poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo só começou a ser alterado quando surgiram as agências reguladoras surgiu na década de 90. Ocorreu durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob a direção de Luiz Carlos Bresser Pereira, a partir do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, em um projeto de intensificação das privatizações e reforma da Administração Pública. O objetivo deste plano, assim como o surgimento das agências nos EUA, foi gerenciar a crise financeira que abalou o país anos antes desta proposta. Neste período, a taxa de inflação superou a razão de 80% ao mês, induzindo, conseqüentemente, o país à imersão na dívida externa, conforme indica estudo de 1991 de Luiz Carlos Bresser Pereira, arquiteto do Plano Diretor, preconizando a necessidade de ação estatal para conter a crise.

O atual sistema presidencialista brasileiro propicia uma forte concentração de poderes nas mãos do Chefe do Poder Executivo, com atuação voltada, em grande parte, para as alianças políticas, para os resultados das urnas, o que contribui fortemente para a corrupção.

O modelo de agências reguladoras nacional está próximo ao Estado Administrativo dos Estados Unidos da América,<sup>49</sup> porém, pode-se concluir que apenas uma pequena parte da estrutura norte-americana de Estado Administrativo chegou ao Brasil, estando a realidade brasileira longe dos contornos do Estado Administrativo.

---

Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

<sup>49</sup> A estrutura detalhada do sistema regulatório norte-americano pode ser conferido em CASS, Ronald, et al. Administrative Law: cases and materials. 6a ed. New York, NY: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

## 2. CONSTITUCIONALIDADE DO ESTADO ADMINISTRATIVO

O Estado Administrativo, como foi apresentado no Capítulo 1, sofreu ao longo de seu desenvolvimento diversas e ferrenhas críticas. Em sua maioria as críticas buscam deslegitimar o fenômeno do Estado Administrativo a partir de argumentos que contestam a sua constitucionalidade. Desse modo, o presente capítulo apresenta uma das críticas ao Estado Administrativo mais atuais e debatidas e apresentará a defesa do Estado Administrativo realizada por Adrian Vermeule.

### 2.1 Críticas ao Estado Administrativo

Dentre os críticos, destaca-se, pela atualidade da crítica, a proposta de Philip Hamburger, Professor de Direito da Universidade de Columbia em seu trabalho, publicado em 2014, intitulado *Is Administrative Law Unlawful?*<sup>50</sup>

Em seu livro Hamburger lança um olhar sobre as origens e a legitimação do direito administrativo americano, argumentando que os estudiosos do Estado Administrativo normalmente começam a partir de uma premissa falsa quando analisam a constitucionalidade do mesmo. Aponta Hamburger que eles acreditam que o direito administrativo começou no final do século XIX em resposta à necessidade de regular novas indústrias de larga escala como as ferrovias.

Partindo da alegada origem, a Constituição teria pouco a dizer sobre o direito administrativo. Logo, os *Framers* não poderiam ter antecipado a necessidade disso e, portanto, não abordaram isso na Constituição. O chamado “quarto ramo do governo” estava destinado a coexistir com dificuldade dentro de um quadro constitucional inerentemente refratário em relação a ele.

No entanto, Hamburger sugere que o direito administrativo - pelo qual ele se refere a regras juridicamente vinculativas que são desenvolvidas através de ações unilaterais pelo poder executivo - existiu desde tempos coloniais e além, e que reivindicações de autonomia administrativa estão diretamente relacionadas as reivindicações da Monarquia inglesa para

---

<sup>50</sup> HAMBURGUER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago: University of Chicago, 2014.



onipotência executiva. Os *Framers* da Constituição estavam bem cientes de tais alegações e as rejeitaram completamente.

Antes da promulgação da Constituição norte-americana, o Parlamento inglês lutou uma batalha de longo prazo para conter o poder da monarquia. O Parlamento procurou garantir que o rei fosse vinculado pela "lei da terra", isto é, legislação parlamentar e decisões judiciais. Isso, por sua vez, asseguraria que o rei respeitasse as liberdades dos ingleses e não governasse como um déspota, embora seja compreensível que os reis preferissem o poder absoluto.

Necessidade de reivindicação (como os defensores do estado administrativo moderno), os reis estabeleceram tribunais que fizeram regras, executaram-nas e adjudicaram-nas (de forma semelhante às agências administrativas modernas). Os apologistas da monarquia alegaram que era dentro do "poder de prerrogativa" do rei governar unilateralmente, ignorando o direito comum e a legislação, quando necessário, para governar efetivamente. Eventualmente, a constituição inglesa não escrita eliminou o poder de prerrogativa, exigindo que todo o poder legislativo provenha do Parlamento e que todo o poder judicial venha de tribunais independentes.

Entre isso e a estrita separação de poderes presentes na Constituição americana, o direito administrativo, como o define Hamburger, foi largamente abolido na Anglosfera. No continente europeu, no entanto, a cultura política prussiana e francesa favoreceu um estado administrativo forte. Os prussianos, em particular, desprezavam a própria noção de separação de poderes, que eles viam como uma receita para estados fracos e ineficazes.

Muitas das maiores mentes jurídicas americanas do final do século XIX e início do século XX estudaram na Alemanha e transmitiram diretamente o que aprenderam aos Estados Unidos. A teoria jurídica alemã é muitas vezes creditada com a precipitação, ou pelo menos, de uma aceleração da morte nos Estados Unidos da jurisprudência anglo-americana em favor da chamada jurisdição sociológica. Talvez menos amplamente apreciado seja a medida em que os estudantes americanos que retornaram da Alemanha assimilaram noções absolutistas do poder executivo, o que, por sua vez, influenciou a forma como o Estado Administrativo nascente foi concebido.

Tal como acontece com a jurisprudência sociológica, o principal passo foi substituir os direitos individuais por uma preocupação consequencialista por uma ação efetiva do governo. Os juristas americanos acolheram ideias alemãs em linguagem e conceitos mais adequados aos gostos americanos. No que diz respeito ao direito administrativo, diz Hamburger, isso não resultou no "absolutismo absoluto" que atormentava a Europa, mas no "absolutismo macio" do Estado Administrativo americano.

Hamburger identifica três maneiras pelas quais o direito administrativo americano moderno é ilegal. Primeiro, (i) é extralegal, existente ao lado, mas não dentro, das estruturas legais criadas pela Constituição. Em segundo lugar, (ii) é supralegal, na medida em que existe apenas porque os tribunais (indevidamente) adiam, permitindo que as regras gerais tenham precedência sobre o dever judicial para garantir que o poder legislativo seja exercido apenas pelo Congresso. Hamburger também sugere que os tribunais permitem indevidamente que as agências se envolvam em julgar sem obedecer as sutilezas constitucionais, e as agências negligenciam a maioria dos direitos processuais garantidos pela Constituição. Em terceiro lugar, (iii) o direito administrativo consolida indevidamente o poder executivo, legislativo e judicial nas agências executivas.

Para Hamburger o direito administrativo incorpora precisamente os males que a Constituição procurou prevenir e, portanto, deve ser desconstruído. Os defensores do direito administrativo reagem afirmando que o Congresso delegou autoridade substancial às agências executivas e mantém o poder de controlar suas deliberações.

Hamburguer conclui que o direito administrativo é ilegal, porque é ilegal que as agências administrativas emitam qualquer regra ou ordem que vincule as partes privadas. Tendo sido citado pelo justice Thomas que concordou, no caso *Department of Transportation v. Ass'n of American Railroads*<sup>51</sup>, que o Ato de Investimento e Melhoramento do Transporte Ferroviário de Passageiros de 2008 é uma delegação inconstitucional de legislação, concluindo que “Nós revogamos muito o nosso dever de fazer cumprir a separação de poderes exigida pela nossa Constituição.”<sup>52</sup> Nós supervisionamos e sancionamos o crescimento de

---

<sup>51</sup> 2015 WL 998536 (2015),

<sup>52</sup> We have too long abrogated our duty to enforce the separation of powers required by our Constitution. We have overseen and sanctioned the growth of an administrative system that concentrates the power to make laws and the power to enforce them in the hands of a vast and unaccountable administrative apparatus that finds no comfortable home in our constitutional structure. - 2015 WL 998536 (2015).

um sistema administrativo que concentra o poder de fazer leis e o poder de impô-las nas mãos de um vasto e inexplicável aparelho administrativo que não encontra lar confortável em nossa estrutura constitucional.

## **2.2 Defesa do Estado Administrativo por Adrian Vermeule**

O Professor Adrian Vermeule aponta que o fenômeno do Estado Administrativo é tão vasto e variado que é difícil até mesmo saber como abordá-lo. Desse modo, propõe uma metodologia sistemática para compreensão do Estado Administrativo, buscando consolidar uma resposta para a constitucionalidade do Estado Administrativo.

Analisando a perspectiva da constitucionalidade do Estado Administrativo verifica-se que existem diversas opiniões contrárias e favoráveis. Existindo, para Vermeule, alguns cenários possíveis para verificar a constitucionalidade do Estado Administrativo. Ressalvando que é sim valioso saber o que a Constituição diz sobre a constitucionalidade do Estado Administrativo. Porém, mesmo que se constate a sua invalidade constitucional é muito tarde para desfazer completamente a expansão abrangente dos poderes governamentais federais e a expansão do Estado Administrativo que ocorreram na primeira metade do século XX. Mesmo que teóricos contrários apontem que ainda é possível desestabilizar parcialmente o assentamento político do Estado Administrativo consolidado pós New Deal, provocando um redução parcial.

Mesmo que o debate sobre a constitucionalidade do Estado Administrativo seja, de certa maneira, insignificante para alterar a realidade da burocracia profissional presente no panorama norte-americano, Vermeule questiona qual é a resposta certa a essa pergunta. Apresentando para tanto alguns pontos de vista principais sobre a constitucionalidade. Nessa busca, Vermeule apresentou no artigo *'No' Review of Philip Hamburger, 'Is Administrative Law Unlawful?'* uma resposta fundamentada as afirmações do Professor Hamburger, declarando que o livro cometeu erros inflexíveis sobre o direito administrativo dos Estados Unidos, não compreendendo o que esse corpo de lei realmente detém e como ele realmente funciona.

Como questão inicial, Vermeule observa que, apesar do título, Hamburger passa 600 página do seu livro não conseguindo explicar o que ele quer dizer com "lei" ou "legal". Em

sua análise não significa que as agências estão violando seus mandatos legais, nem mesmo os estatutos que autorizam a elaboração de regras e a adjudicação da agência são inconstitucionais sob qualquer leitura de qualquer decisão do Supremo Tribunal. Na verdade, não está claro se Hamburger significa lei em qualquer sentido legal. Como revela Vermeule:

"A crítica jurídica do direito administrativo se concentra na questão da inconstitucionalidade, e [...] Isso não é o suficiente. Essa abordagem reduz o direito administrativo a uma questão de direito apartado da experiência histórica subjacente e, portanto, separada de evidências empíricas".<sup>53</sup>

Então, o que Hamburger quer dizer com "ilegal"? Vermeule conclui, com uma boa razão, que Hamburger está se referindo ao que percebeu ter sido a posição dos tribunais de common law ingleses durante o reinado dos Stuarts em 1600 com relação à luta entre o rei e parlamento.<sup>54</sup>

A maior parte do livro envolve uma história detalhada deste período e do uso e abuso da chamada "prerrogativa" real. A prerrogativa real era a capacidade reivindicada pelo rei de fazer leis em certas circunstâncias e a vitória da supremacia parlamentar. É o argumento de Hamburger que o estado administrativo moderno recriou a "prerrogativa" desacreditada e a colocou nas mãos do presidente. Isso, dada a história inglesa, torna ilegal o direito administrativo.

Vermeule não tenta refutar a narrativa histórica de Hamburger, embora ele sugira que pode não ser tão claro quanto sugere Hamburger. O que ele demonstra, no entanto, é que o Hamburger nunca conecta efetivamente esta narrativa histórica aos *founding fathers*, mas sim assume que o histórico em inglês estava, de alguma forma, implicitamente incluído na Constituição norte-americana.

---

<sup>53</sup> VERMEULE, Adrian, 'No' Review of Philip Hamburger, 'Is Administrative Law Unlawful?', 93 Tex. L. Rev. 1547 (2015).

<sup>54</sup> Given his historical interests, the most obvious possibility is that Hamburger means to advance an originalist claim: that administrative law is inconsistent with the original understanding of the Constitution of 1789. But this has already been done as well as it can be and in any event I don't believe that's what Hamburger is getting at. If Hamburger were an originalist in the conventional American sense, he would spend far more time on the ordinary meaning of the text as of 1789, and on the ratification debates, and far less time on subterranean connections between the Stuart monarchs and German legal theory. His main interest, his intellectual center of gravity, is elsewhere. VERMEULE, Adrian, 'No' Review of Philip Hamburger, 'Is Administrative Law Unlawful?', 93 Tex. L. Rev. 1547 (2015).

Vermeule demonstra que Hamburger não consegue entender o direito administrativo moderno, nem um assunto em que ensina ou faz pesquisas e, portanto, perde completamente as distinções entre a prerrogativa real e a ação da agência moderna. Na luta inglesa sobre a prerrogativa real, os tribunais, de acordo com Hamburger, determinaram que o rei não podia fazer leis que vincularam assuntos; esse poder legislativo foi reservado ao parlamento. A partir deste ponto Hamburger deduz que as agências não podem fazer regras que vinculam pessoas privadas, porque então eles estariam exercendo autoridade legislativa, e não podem emitir ordens que vinculam pessoas privadas, porque isso seria exercer autoridade judicial. Assim, o direito administrativo é ilegal.

Vermeule explica, no entanto, que as agências não afirmam exercer nenhuma "prerrogativa", isto é, poder inerente para fazer lei, como foi o caso do rei durante o reinado dos Stuarts. Na verdade, é a lei administrativa clara ao afirmar que as agências não possuem nenhum poder inerente; eles só têm o poder que lhes é concedido por estatuto.

Então, Hamburger poderia responder que o Congresso não pode conceder às agências o poder de vincular pessoas privadas, porque isso seria a subdelegação da autoridade legislativa às agências ou a colocação da autoridade judicial em agências, que, segundo ele, são proibidas pela Constituição.

De acordo com a lei inglesa na época, o delegado não pode delegar. Porque a Constituição delegou os poderes legislativos e judiciais para o Congresso e Judiciário, respectivamente, esses poderes não podem ser exercidos por mais ninguém. Poder executivo, argumenta Hamburger, é limitado a ir ao tribunal para fazer cumprir a lei ou dar ordens aos seus próprios empregados (ou a não sujeitos); não tem poder para exercer autoridade coerciva sobre assuntos.

Vermeule está disposto, por razões de argumento, a aceitar a descrição de Hamburger de "quais são os princípios profundos da história constitucional anglo-americana (assumindo argumentar que tais princípios existem)". Em vez disso, ele ataca a desconexão entre esses princípios e o direito administrativo moderno, tal como existe. Ele se concentra em três temas: delegação, tributação e separação de poderes. Quanto à delegação (ou subdelegação como Hamburger a caracteriza), Vermeule repete a lei que o Congresso não pode delegar poder

legislativo, mas pode fazer leis para agências executivas que podem exigir interpretação ou o exercício do poder discricionário, desde que existam "princípios inteligíveis" para orientar essa interpretação ou discricionariedade. Agora, pode-se argumentar que o Tribunal não conseguiu policiar adequadamente esses princípios inteligíveis, mas o ponto de Vermeule é que Hamburger não permita qualquer exercício de discricionariedade ou interpretação. Onde Hamburger leria qualquer atuação fora do legítimo ao poder executivo, Vermeule argumenta que é a natureza do "poder executivo" poder preencher os detalhes da legislação. Não é apenas um argumento de necessidade, mas que "executar uma lei implica inevitavelmente dar-lhe especificações adicionais, ao aplicá-lo a problemas e casos reais". Assim, as agências não exercem qualquer poder legislativo subdelegado; eles estão exercendo o poder executivo.

Quanto à tributação, enquanto o Hamburger reserva um lugar especial para os males de delegar o poder de tributação, Vermeule ressalta mais uma vez que o Congresso não delega o poder de tributar às agências, mas ocasionalmente autoriza uma agência a estabelecer o nível de um imposto, estabelecido pelo Congresso, com base em normas contidas no estatuto. Vermeule cita o caso *Skinner v. Mid-America Pipeline*, 490 U.S. 212 (1988) em que um tribunal foi unânime "examinou o texto e a estrutura do artigo I, e a história da legislação dos [primeiros dias do Congresso] até o presente, "e não encontrou nenhum motivo para tratar a tributação de forma diferente" de qualquer outra autorização do Congresso às agências. Mas, esse caso não está inserido no livro de Hamburger.

Hamburger explica o valor da Separação de Poderes em termos de sequenciamento e especialização. Ele escreve que "o governo foi forçado a trabalhar através de instituições especializadas com poderes especializados [...] forçando-o a trabalhar em uma sequência de poder legislativo, executivo e judicial". O problema com o Estado Administrativo sob sua perspectiva é que em vez de seguir os estágios ordenados da tomada de decisão da Constituição, uma agência pode combinar estes elementos especializados, podendo legislar através de uma decisão formal ou assegurando o cumprimento das suas demandas judiciais, ameaçando inspeções ou regulamentos severos.

Vermeule contesta isso, observando o processo institucionalmente especializado de legislação que o Hamburger afirma, com sua sequência de ações legislativas, executivas e judiciais, é em si mesmo a fonte das funções combinadas que Hamburger abomina. As agências exercem funções combinadas quando, e somente quando, uma decisão é

institucionalmente especializada, sendo um exercício de legislação por meio de poderes sequenciados e separados.

Ressalta-se que, embora as agências combinem, em certa medida, essas funções, elas dependem de restrições específicas, precisamente destinadas a proteger-se contra os males que de outra forma poderiam resultar de uma combinação de funções. E são essas restrições que Hamburger negligencia quase inteiramente, sustentando-se sob alegações simplistas. Em suma, Hamburger nunca aborda o direito administrativo.

Vermeule sugere que o livro de Hamburger possa ser visto simplesmente como "interessantemente errado, de uma maneira desequilibrada,[...] tão atormentado pela ansiedade quanto ao direito administrativo". Vermeule aponta que o livro é meramente desanimador. Afirmando que as comparações institucionais entre Estados Unidos e Inglaterra são irresponsáveis e implicam em comparações tão espalhafatosas, que tendem a alimentar a tiranofobia que promove um entendimento equivocado da estrutura estatal.

É especialmente irresponsável dizer que o estado administrativo é "ilegal", o que quer que seja, sem entender o que diz a lei administrativa e, aparentemente, com pouca ideia sobre o que exatamente está sendo atacado - pequena ideia sobre a arquitetura intelectual que sustenta o direito administrativo, e que muitas gerações de advogados, agentes institucionais, acadêmicos e juízes têm trabalhado para construir.

De fato, Hamburger se sustenta sobre argumentos *ad hominem*, dizendo que a lei administrativa americana abandonou o constitucionalismo da lei comum inglesa em favor da teoria jurídica francesa e alemã, levando à "prussificação" da sociedade norte-americana, seja lá o que for necessário. Mas como é isso? A lei inglesa hoje não tem separação de poderes entre o executivo e a legislatura, algo completamente antitético ao constitucionalismo americano, enquanto que, por exemplo, os sistemas continentais geralmente rejeitam o conceito americano de adjudicação por órgãos administrativos a favor de tribunais especializados. Em suma, cada nação "democrática" desenvolve sua própria forma de governo, mas todos eles têm em comum uma burocracia que tem o poder de fazer lei de acordo com a autorização legal e com controle judicial de tais leis para proteger a liberdade.

A refutação analítica de Vermeule da tese de Hamburger é muito organizada e sedimentada. Mas, a tese deve ainda prosperar entre os críticos, pois o apelo da tese da Hamburger não é analítico, mas emocional, porque querem acreditar que o Estado Administrativo é de alguma forma não americano.



### 3. A TESE ABNEGADORA DO DIREITO DE ADRIAN VERMEULE

A crítica do estado administrativo moderno é um tema duradouro no discurso político e jurídico americano. Isso não é surpreendente, pois o Estado Administrativo é uma burocracia complexa que opera de maneira incompreensível para os membros do público em geral, que exerce a autoridade reguladora sobre tudo do ar que respiramos<sup>55</sup> para o nosso uso e prazer de nossa propriedade<sup>56</sup> para o nosso discurso<sup>57</sup> para o nosso acesso a medicamentos potencialmente vitais<sup>58</sup> e isso parece consolidar poderes que a Constituição pretende manter separada.

No federalista 51, James Madison descreveu o "acúmulo de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos", é como "a própria definição de tirania"<sup>59</sup> Hoje, as agências federais rotineiramente fazem regras que governam nossa conduta, investigam se essas regras foram violadas, julgam violações alegadas e impõem multas ou prisões contra as condutas violadoras.<sup>60</sup> Se isso não é "tirania", levanta questões incômodas - questões que foram pressionadas por mais de um século.

Nos últimos anos, a publicação de ataques acadêmicos e judiciais em busca de premissas jurídicas e político-filosóficas em que repousa o Estado Administrativo, bem como a jurisprudência que facilitou sua expansão, a jurisprudência caracterizada pelo aferição judicial a todos os tipos de asserções de poder administrativo.<sup>61</sup> Poucos estudiosos defenderam a jurisprudência administrativa e estatal administrativa contra tais críticas com mais zelo que Adrian Vermeule.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> Descrevendo um forte e persistente desafio à legitimidade básica do processo administrativo. "FREEDMAN, James O. **Crisis and legitimacy**. Cambridge University Press, 1978.

<sup>56</sup> *Whitman v. American Trucking Assns., Inc.*, 531 U.S. 457 (2001)

<sup>57</sup> *Sackett v. EPA*, 132 S. Ct. 1367(2012)

<sup>58</sup> *Abigail Alliance for Better Access v. Von Eschenbach*, 438 U.S. 726 (1978)

<sup>59</sup> MADISON, James. *The Federalist*, no. 51. New York, The Independent Journal.

<sup>60</sup> Reconhecendo o "fato bruto" de que as agências "legislam", "aplicam" e "julgam" LAWSON, Gary. The rise and rise of the administrative state. **Harvard Law Review**, v. 107, n. 6, p. 1231-1254, 1994, VERMEULE, Adrian. The Optimal Abuse os Power. **Northwestern University Law Review**, 2015.

<sup>61</sup> Questionando a constitucionalidade da deferência judicial às interpretações das agências de estatutos SCHOENBROD, David. **Power without responsibility: How Congress abuses the people through delegation**. Yale University Press, 2008, HAMBURGER, Philip. **Is Administrative Law Unlawful?** Chicago: University of Chicago, 2014, MURRAY, Charles. *By the people: Rebuilding liberty without permission*. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*. **The Supreme Court Review**, v. 2015, n. 1, p. 41-88, 2016.

<sup>62</sup> VERMEULE, Adrian, 'No' Review of Philip Hamburger, 'Is Administrative Law Unlawful?', 93 *Tex. L. Rev.* 1547 (2015).

O novo livro de Vermeule, *Law's Abnegation*, é uma apresentação convincente de uma visão otimista da jurisprudência administrativa norte-americana. Para Vermeule, a deferência judicial para o poder administrativo é o resultado da abnegação<sup>63</sup>, isto é, a renúncia voluntária ao poder por aqueles cuja "província e dever" e para "dizer o que é a lei"

Ao adotar um modelo interpretativo desenvolvido pelo filósofo jurídico Ronald Dworkin, a Vermeule afirma que a deferência judicial para o poder administrativo cabe e justifica a jurisprudência administrativa norte-americana - que não é apenas consistente com a história institucional, mas é normativamente desejável. Nos termos da Dworkin, a deferência confere a integridade da jurisprudência administrativa. Vermeule afirma que a deferência está aqui para ficar.

### 3.1 Do Império do Direito ao Estado Administrativo

O título e a introdução ao livro de Vermeule inspiram-se no influente volume de 1986 de Ronald Dworkin, *Império do Direito*.<sup>64</sup> Nesse volume, Dworkin ofereceu uma articulação sistemática de sua teoria da lei, que chamou de "direito como integridade".<sup>65</sup> Direito como integridade tem dois componentes: "ajuste" e "justificação".<sup>66</sup> O juiz ideal de Dworkin - "Hercules" – capaz que apresentar uma "linguagem, precedente e prática" que serve a melhor justificativa normativa do Direito como um todo.<sup>67</sup>

A perspectiva jurídica de Dworkin era profundamente jurocêntrica.<sup>68</sup> Vermeule achou curioso e significativo que Dworkin não falou totalmente sobre o Estado Administrativo. Como observa Vermeule, o Estado Administrativo “vem estruturar a experiência de governo dos cidadãos muito antes de Dworkin nascer”.<sup>69</sup> Vermeule aponta essa omissão para "auto-cegueira voluntária"; ele sustenta que Dworkin sabia que não havia resposta que ele pudesse dar sobre a prática dos tribunais de deferência ao poder administrativo.

---

<sup>63</sup> *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803).

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 407

<sup>69</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 6

Vermeule adota uma visão de David Dyzenhaus, que escreveu que " não há espaço na análise de Dworkin para agências administrativas que têm autoridade para fazer ou interpretar a lei, na medida em que tais decisões administrativas são aquelas para as quais os tribunais têm motivos para diferir"<sup>70</sup> O poder judiciário tem ratificado precisamente essa autoridade, no que Vermeule descreve como "uma rendição considerada, deliberada, voluntária e unilateral" por parte da "lei" ao poder administrativo.<sup>71</sup>

O projeto do livro de Vermeule demonstra que a deferência judicial ao poder administrativo se encaixa e justifica "o tecido estabelecido do direito administrativo, já que desenvolveu o mundo americano".<sup>72</sup> Império da lei, na perspectiva de Vermeule foi desfeita de dentro para fora, não por coerção ou traição, mas com base em "razões legais válidas" que os "bons Dworkinianos" deveriam aceitar.<sup>73</sup>

### 3.2 O Desenvolvimento da Prática Deferencial

Traçar a trajetória de nossa jurisprudência administrativa norte-americana implica identificar uma linha de base a partir da qual se pode medir a retirada ou adiantamento do Estado Administrativo do "coração" da lei, isto é, "tribunais e controle judicial".<sup>74</sup> Vermeule escolhe *Crowell v. Benson*, caso de 1932 em que o Supremo Tribunal confirmou contra uma disputa do Artigo III um estatuto que impugnava os tribunais administrativos para julgar os pedidos de indenização dos trabalhadores decorrentes de atividades nas águas navegáveis.<sup>75</sup>

De acordo com o resumo de Vermeule de *Crowell*, o juiz Charles Evans Hughes, escrevendo para o maioria, procurou "alcançar uma acomodação estável das reivindicações da lei e o imperativo do governo burocrático", distinguindo entre questões de "lei" e questões de "fato", bem como entre fatos "comuns", fatos "jurisdicionais" e fatos "constitucionais".<sup>76</sup> Perguntas relativas à interpretação da lei, fatos jurisdicionais e constitucionalidades. os fatos

---

<sup>70</sup> DYZENHAUS, David. *The rule of law as the rule of liberal principle*. 2007.

<sup>71</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 6 -7

<sup>72</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 4

<sup>73</sup> *Idem*. p. 8

<sup>74</sup> *Idem*. p. 7

<sup>75</sup> 285 U.S. 22 (1932).

<sup>76</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 12

deveriam ser determinados pelos tribunais de novo - sem deferir o poder administrativo -, mas o Congresso poderia dar às agências o poder exclusivo para decidir quaisquer questões de fato ordinárias em casos envolvendo "direitos públicos" (casos entre funcionários governamentais e cidadãos).<sup>77</sup> Nos casos envolvendo "direitos privados" (entre cidadão e cidadão), o Congresso poderia dar às agências o poder de determinar fatos comuns, sujeitos apenas à revisão judicial diferenciada para determinar se essas determinações eram apoiadas por "evidências substanciais". Essas distinções e as categorias posteriormente seriam incorporadas na Lei do Procedimento Administrativo de 1946 (APA)<sup>78</sup>

A tentativa de Hughes de sintetizar uma acomodação entre a lei e o poder administrativo falhou. E "o elemento muito importante da estrutura de Crowell ficou desalinhado", e o resultado foi o avanço constante da deferência judicial para o poder administrativo.<sup>79</sup> Os tribunais federais agora deferem amplamente as interpretações das agências administrativas dos estatutos, bem como as agências "interpretações de seus próprios regulamentos".<sup>80</sup> Hughes não conseguiu antecipar o surgimento de uma regulamentação informal, que agora é o principal método de tomada de decisão administrativa.<sup>81</sup> Mesmo "nos controles judiciais de aparência difícil", um padrão para escrutínio judicial que é usado para implementar a instrução da APA é a de que os tribunais anulam ações "arbitrárias, caprichosas ou não de acordo com a lei",<sup>82</sup> mas são, na prática, altamente deferentes às agências.<sup>83</sup>

Vermeule encontra o fracasso da síntese Hughesiana. Não é "um conto da conquista do império do direito de fora", um golpe de cima derrubado iniciado por cientistas políticos progressistas e políticos e ratificado por juízes que se inclinaram para a mera vontade ou

---

<sup>77</sup> *Idem.* p. 25

<sup>78</sup> 5 U.S.C. §706 (2)(E).

<sup>79</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 12

<sup>80</sup> *Chevron USA, Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984); *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997)

<sup>81</sup> Para revisão do "rulemaking revolution," LEVIN, Ronald M. *The Administrative Law Legacy of Kenneth Culp Davis.* **San Diego L. Rev.**, v. 42, p. 315, 2005.

<sup>82</sup> 5 U.S.C. §706(2)(A)

<sup>83</sup> "collecting all Supreme Court merits arbitrary-and-capricious holdings from 1983 to 2014 and finding that agencies win arbitrariness challenges in the Supreme Court about 87 percent of the time." Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 190-9

conveniência política.<sup>84</sup> É, antes, a vitória de uma compreensão completamente ortodoxa da lei sobre uma espécie de idolatria, a qual tratou "a separação clássica de poderes como um comando inviolável, quando o sacrifício exigido para respeitá-lo, mesmo que esses sacrifícios tenham trabalhado em detrimento geral da própria lei".<sup>85</sup>

Quanto aos idólatras dos últimos dias - entre eles Philip Hamburger,<sup>86</sup> Gary Lawson,<sup>87</sup> Jeremy Waldron,<sup>88</sup> e o juiz Antonin Scalia<sup>89</sup> - eles são criticados de forma contundente. Vermeule leva a sério argumentos de que o Estado Administrativo (ou, pelo menos, as características essenciais) é inconstitucional (para comprovar o contrário) e que certas doutrinas judiciais que condicionam a deferência judicial ao poder administrativo são ilegítimas. Demonstrando por fim que os argumentos dos mesmos sofrem de falhas incapacitantes.

A crítica de Vermeule tanto a Hamburger como a Lawson enfoca a natureza do poder executivo e a forma como surgiram na Constituição. Ele verifica que Hamburger, em particular, possui um profundo mal-entendido da teoria que anima a doutrina legal atual em relação à "delegação" - onde o Congresso autoriza as agências a emitir regras gerais que vinculam os membros do público.

Todos concordam, argumenta Vermeule, que os legisladores não podem subdelegar o poder legislativo que é constitucionalmente delegado exclusivamente ao Congresso por "Nós, o Povo", através do Artigo I.<sup>90</sup> Mas, prossegue, a autorização legal da elaboração de regras da

---

<sup>84</sup> MDOWELL, Gary L. The Corrosive Constitutionalism of Edward S. Corwin. *Law & Social Inquiry*, v. 14, n. 3, p. 603-614, 1989; ARKES, Hadley. *The return of George Sutherland: Restoring a jurisprudence of natural rights*. Princeton University Press, 1997; EPSTEIN, Richard A. *How Progressives Rewrote the Constitution*. Cato Institute, 2007.

<sup>85</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 56

<sup>86</sup> HAMBURGUER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago: University of Chicago, 2014. VERMEULE, Adrian, 'No' Review of Philip Hamburger, 'Is Administrative Law Unlawful?', 93 *Tex. L. Rev.* 1547 (2015).

<sup>87</sup> "contending that "[t]he post-New Deal administrative state is unconstitutional and its ratification by the judiciary amounts to nothing less than a bloodless constitutional revolution" LAWSON, Gary. The rise and rise of the administrative state. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6, p. 1231-1254, 1994,

<sup>88</sup> "[t]he legislature, the judiciary, and the executive—each must have its separate say before power impacts on the individual" and that the modern administrative state runs afoul of this requirement" WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *BCL Rev.*, v. 54, p. 433, 2013.

<sup>89</sup> *America v. Michigan Bell Telephone*, 131 S. Ct. 2254, 2266 (2011); *Decker v. Northwest Environmental Defense Center*, 113 S. Ct. 1326, 1341 (2013); *Perez v. Mortgage Bankers Ass'n*, 135 S. Ct. 1199, 1212 (2015)

<sup>90</sup> "There is little difference between Vermeule's presentation of the Court's nondelegation theory and mine, except that I view it skeptically." Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 51

agência envolve legisladores e executivos, funcionários que executam a lei, como deveriam, e Hamburger está errado em afirmar que esse arranjo é uma de subdeleção de poder legislativo ao poder executivo.<sup>91</sup> A Suprema Corte assim manteve em seus melhores análises<sup>92</sup>.

Além disso, Vermeule afirma que é incoerente e inútil que Hamburger e Lawson se queixem do *status quo*. Pois, no relato Vermeule, o aumento das entidades administrativas que Hamburger e Lawson criticam por concentram o poder legislativo, executivo e judicial, foram na verdade facilitados "por juízes que exercem o poder intrínseco e essencialmente judicial para a interpretação e a revisão judicial legais", que Hamburger e Lawson acreditam que eles deveriam mesmo exercer, logo não existe atuação incompatível com a Constituição.<sup>93</sup>

O estado administrativo, observa Vermeule, foi tão arraigado por "consistentes reconhecimentos pelo Congresso, Presidente e Tribunal de que a ampla delegação da autoridade estatutária é fundamentalmente legítima".<sup>94</sup> Vermeule resume seu argumento de forma elegante apontando que "quando os críticos do Estado Administrativo exigem um retorno à Constituição clássica, eles não parecem perceber que estão pedindo que a borboleta volte ao casulo".<sup>95</sup>

Vermeule aponta que as "instituições clássicas" <sup>96</sup> reconheceram adequadamente que "habitamos um mundo diferente de formulação de políticas do que os teóricos do século XVIII" <sup>97</sup>. Neste mundo, essas instituições devem "trocar a qualidade de política" <sup>98</sup> a "imparcialidade"<sup>99</sup> da tomada de decisão e, de fato, o "objetivo de minimizar os abusos do

---

<sup>91</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 52

<sup>92</sup> *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892), *United States v. Grimraud*, 220 U.S. 506 (1911), *J.W. Hampton v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944).

<sup>93</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 42

<sup>94</sup> *Idem.* p. 41

<sup>95</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 45

<sup>96</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 48

<sup>97</sup> *Idem.* p. 49

<sup>98</sup> HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, no. 22. New York, *The Independent Journal*, Feb. 6th. 1788; MADISON, James. *The Federalist*, no. 37. New York, *The Independent Journal*, Feb. 6th. 1788

<sup>99</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 46

poder" <sup>100</sup>, uma vez que é primordial para capturar os benefícios da "oportunidade"<sup>101</sup> e da "expertise". Devido à taxa de mudança no ambiente político em uma economia cada vez mais complexa, "as instituições clássicas são estruturalmente incapazes de fornecer mudanças de política às taxas necessárias". <sup>102</sup>

Vermeule conclui seu livro resumindo várias doutrinas que exemplificam e facilitam a deferência. Apontando a doutrina da deferência associada à *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*<sup>103</sup> E *United States v. Mead Corp.*,<sup>104</sup> que exige que os juízes defiram as interpretações de agência "razoáveis" de um conteúdo "ambíguo" onde o Congresso demonstrou a intenção de delegar o poder de interpretação da lei para a agência.

A "deferência de Chevron" destitui os advogados e os juízes, permitindo que as agências escolham entre uma série de políticas permitidas ao invés de insistir em que as agências chegam a uma resposta legalmente correta.<sup>105</sup>

Mas, na *SEC v. Chenery Corp.*<sup>106</sup>, o Tribunal decidiu que as ações da agência só podem ser confirmadas na fundamentação que a própria agência criou ao tomar medidas e, portanto, que a agência não pode empregar racionalizações *post hoc* durante o litígio.<sup>107</sup> A racionalização do caso tornaria mais fácil essas ações para sobreviver ao controle judicial, mas também capacitaria a agência "advogados que formulam razões *ex post* que são apresentadas a um tribunal".<sup>108</sup> Assim, a *Chenery* restringe advogados e capacita "cientistas, engenheiros e outros especialistas técnicos, nomeados políticos dentro das agências e servidores civis", todos os quais ajudam a formular políticas antes do fato.<sup>109</sup> O cenário,

---

<sup>100</sup> Idem. p. 60

<sup>101</sup> Idem. p. 59

<sup>102</sup> Idem. p. 61

<sup>103</sup> 467 U.S. 837 (1984)

<sup>104</sup> 533 U.S. 218 (2001)

<sup>105</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 201

<sup>106</sup> 318 U.S. 80 (1943)

<sup>107</sup> "A reviewing court, in dealing with a determination or judgment which an administrative agency alone is authorized to make, must judge the propriety of such action solely by the grounds invoked by the agency." Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 196

<sup>108</sup> Idem. p. 199

<sup>109</sup> Idem. p. 200

também, é uma espécie de reabsorção legal do poder administrativo, mesmo que não inicialmente parece ser.

### 3.3 As Razões da Consolidação da Deferência

Mesmo que a deferência ao poder administrativo se encaixe na lei, cabe à Vermeule oferecer uma justificativa normativamente atrativa para isso - como Dworkin disse, derivar de materiais legais existentes uma história geral que vale a pena contar agora.<sup>110</sup> De acordo com Vermeule, a síntese tentada por Hughes em Crowell foi desfeita porque as próprias razões que levaram a síntese em primeiro lugar, aconselharam-se a favor de uma deferência mais ampla ao poder administrativo, sendo elas boas razões.

Quais são essas boas razões? Vermeule escreve que a questão implícita em Crowell é se o controle judicial, na margem, agrega valor líquido ao processo de tomada de decisão institucional que começa com a tomada de decisões da agência. Hughes concluiu que o controle judicial prometeu pouco benefício e ameaça impor atrasos incrementais e custos de litígios que irão piorar o sistema global, não melhorar.<sup>111</sup>

Hughes falhou, no entanto, para aplicar adequadamente essa análise marginalista a certos tipos de questões factuais e questões de direito.<sup>112</sup> Caiu para tribunais subsequentes para fazê-lo, e eles concluíram que as agências tinham uma vantagem comparativa em questões abordadas de direito, bem como questões de fato. Quando Hughes "assumiu que os tribunais eram naturalmente superiores às agências em questões de direito",<sup>113</sup> tornou-se mais tarde claro que era "impossível distender as questões legais das decisões de formulação de políticas, pelo menos quanto aos estatutos regulatórios complexos que predominam no estado moderno",<sup>114</sup> e, portanto, que "as agências, pelo menos em comparação com os tribunais, estavam melhor posicionadas tanto para fazer as melhores escolhas de valores relevantes para questões de regulamentação e também para determinar fatos, causalidade e as prováveis consequências de interpretações alternativas".<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 227

<sup>111</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 13

<sup>112</sup> Idem. p. 28

<sup>113</sup> Idem. p. 214

<sup>114</sup> Idem. p. 212

<sup>115</sup> Idem. p. 215



Vermeule reconhece com franqueza que a deferência judicial ao poder administrativo traz consigo "riscos de erros e abusos".<sup>116</sup> No entanto, ele insiste que "aceitar os riscos aumentados de abuso oficial e de tomada de decisão distorcida" é necessário "para dar aos funcionários do governo mais poder para suprimir abusos "privados", a fim de aumentar o nível de atividade do governo como um todo, e para fornecer aos administradores informações suficientes para combater os males que surgem em setores complexos da economia".<sup>117</sup> Assim, é tudo para o bem que os tribunais desenvolveram gradualmente uma jurisprudência que faz precisamente isso, seguindo "uma revisão previsível e sensivelmente deferente dos julgamentos de política da agência".

### **3.4 O Futuro da Deferência e do Direito Abnegado**

Vermeule acredita que a jurisprudência administrativa pode ser melhorada, e ele tem várias sugestões para ir, no que ele acredita, ser a direção certa, isto é, para mais deferência. Talvez a mais intrigante dessas sugestões diz respeito ao controle judicial das ações da agência nos termos da Seção 706 (2) (A) da APA, que prevê que as ações da agência podem ser revogadas se consideradas "arbitrárias, caprichosas ou não de acordo com a lei".

Vermeule afirma que os juízes devem reconhecer expressamente que as agências que enfrentam condições de incerteza "podem ter excelentes razões para tomar alguma decisão ou outra", mas não uma decisão específica - e essa revisão arbitrária e caprichosa deve ser sensível a essa realidade.<sup>118</sup> Vermeule descobre que os juízes que avaliam a racionalidade das ações da agência "na maior parte"<sup>119</sup> e permitem que as agências façam o que ele chama de "decisões arbitrariamente arbitrárias", mas que o controle dos tribunais ainda não se descarta inteiramente "uma concepção apertada e errônea da racionalidade "que" exige que as agências façam o impossível, dando razões às questões em que já se esgotaram".<sup>120</sup> Enquanto as agências devem agir com base em razões, Vermeule argumenta que os juízes devem reconhecer esses limites de tempo, a informação e podem dar às agências bons motivos de

---

<sup>116</sup> Idem. p. 59

<sup>117</sup> Idem. p. 58

<sup>118</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 187

<sup>119</sup> Idem. p.142

<sup>120</sup> Idem. p.143

segundo ordem para agir de forma imprecisa ou arbitrariamente em um sentido de primeiro orde".<sup>121</sup>

O que é uma decisão racionalmente arbitrária? Vermeule oferece o exemplo de uma decisão de 2007 do *Fish and Wildlife Service* para retirar uma espécie de urso de Yellowstone da lista de espécie "ameaçada" de extinção, apesar do potencial do declínio de pinheiros brancos que poderiam limitar uma fonte de sustento a eles.<sup>122</sup>

A agência fundamentou sua decisão com o argumento de que "os ursos são notoriamente flexíveis e adaptáveis sobre suas fontes de alimentos. Os ursos provam que podem viver sem pinheiro branco". Em 2011, esta decisão foi considerada "arbitrária", um vez que não havia evidência registrada demonstrando a estabilidade da população de ursos em face do declive dos pinheiros brancos".<sup>123</sup> No entanto, como afirma a Vermeule, "não havia nenhuma informação no registro de qualquer maneira, e nenhum procedimento justificado por custos para a obtenção de tais informações".<sup>124</sup> A agência teve que tomar alguma decisão, e nem o pessimismo nem o otimismo em relação à estabilidade da população foram justificados pela evidência.

Vermeule pede que os juízes apliquem de forma explícita e consistente uma espécie de "revisão racional da racionalidade" que geralmente é consistente com o que eles estão fazendo já.<sup>125</sup> Concretamente, isso significa que os tribunais não devem impor nem um requisito presuntivo de análise custo-benefício quantificada nas agências como uma medida de racionalidade<sup>126</sup>, exigem que as agências realizem avaliações de políticas comparativas,<sup>127</sup> existam agências para demonstrar a superioridade de uma política escolhida em escolhas passadas, fazer as agências optarem por quaisquer pressupostos particulares (pessimistas ou otimistas) em face da incerteza, exigem uma "conexão racional entre os fatos encontrados e as

---

<sup>121</sup> Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen, 665 F.3d 1015, 1030 (9th Cir. 2011).

<sup>122</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 144

<sup>123</sup> Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen, 665 F.3d 1015, 1030 (9th Cir. 2011).

<sup>124</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 144

<sup>125</sup> Idem. p. 167

<sup>126</sup> Para uma visão geral da análise custo-benefício quantificada: ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. Rethinking cost-benefit analysis. *The Yale law journal*, v. 109, n. 2, p. 165-247, 1999.

<sup>127</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 167

escolhas feitas",<sup>128</sup> ou exigem agências para explicar ou transmitir suas razões "ao satisfação de um painel de juízes generalistas."<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Assn. of the United States, Inc. v. State Farm Mut. Automobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983) e *Truck Lines, Inc. v. United States*, 371 U.S. 156, 168 (1962).

<sup>129</sup> Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016 p. 167

#### 4. CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico buscou analisar o objeto de estudo Estado Administrativo e a sua tendência abnegadora do Direito. Sendo que no Capítulo 1 foram abordadas as principais características, a evolução histórica do Estado Administrativa e ainda, uma pequena análise histórica da formação da realidade institucional administrativa brasileira e da sua possível aderência a estrutura do Estado Administrativo. No Capítulo 2 foi abordado a crítica realizada por Philip Hamburger ao Estado Administrativo e a defesa de Adrian Vermeule ao Estado Administrativo. No Capítulo 3 a tese da abnegação do direito foi apresentada, esclarecendo os seus principais aspectos e propostas institucionais.

Recuperando a hipótese inicialmente levantada, verifica-se que o trabalho apresentou argumentos que demonstram que o Estado Administrativo é um fenômeno real e prático e que sua evolução institucional se confunde com a formação do Estado norte-americano.

Verificando que as práticas regulatórias e executivas, do corpo de instituições que formam o Estado Administrativo, contribuíram e contribuem para o redesenho do Estado contemporâneo.

No Brasil, conforme verificado, tivemos um tímido ensaio de aproximação com o Estado Administrativo, porém a realidade institucional administrativo brasileira é completamente diferente do sistema burocrático estadunidense e não pode ser caracterizado como sendo um Estado Administrativo. Os dois modelos partem de estruturas de governabilidade e de governança completamente diferentes.

A partir da análise da teórica clássica do direito constitucional, verifica-se que o poder de interpretação é crucial para a conformação dos direitos e garantias na sociedade. Estabelecendo-se a tradição de que o legítimo porta-voz da razão constitucional seriam exclusivamente os juízes. No entanto, séculos de experiência demonstram que a exclusiva interpretação constitucional, pelos juízes, não é o melhor desenho institucional, devendo-se considerar as capacidades institucionais de outras instâncias e órgãos de poder que podem oferecer em uma amplo aspecto racional novos elementos decisoriais que o juízes, limitados em sua dinâmica institucional, não poderiam.

O Legislativo é a instituição que por excelência conforma e legitima os desejos e anseios sociais, porém não atende adequadamente as necessidades dessa mesma sociedade no que tange à celeridade e eficiência na resolução de problemas delicados e essenciais para manutenção da estabilidade estatal. O Legislativo surge historicamente bem sucedido, mas não atende as necessidades desenvolvimentistas e asseguradoras impostas ao Estado no século XXI, confiar o sucesso de um Estado a essa única instituição é um erro.

Desse modo, verifica-se, a partir da análise teórica de Vermeule, que apenas a administração moderna é capaz de resolver os problemas contemporâneos, uma vez que a crescente taxa de mudança no ambiente político exige um aparelho administrativo livre de restrições legais, uma vez que as legislaturas são estruturalmente incapazes de fornecer mudanças de política às taxas necessárias.

Levando em consideração a velocidade que o século XXI impõe, existe claramente a necessidade de repensar as estruturas clássicas do Estado. A configuração institucional clássica já não atende mais às obrigações presentes no mundo contemporâneo. A máquina administrativa precisa atuar na mesma velocidade da sociedade, logo não pode mais depender de estruturas anacrônicas que limitam e interferem na gerência estatal.

A Teoria do Estado Administrativo discute exatamente este dilema enfrentado pelo Estado contemporâneo, admitindo que é necessário considerar as capacidades institucionais que as instituições possuem. Vermeule aponta que o Estado Administrativo é o desenho mais preciso do Estado para a contemporaneidade, não podendo rejeitar a sua existência e implicações. A trajetória do direito administrativo norte-americano tem sido a deferência judicial para os julgamentos ocorridos no âmbito das agências, sendo o controle judicial as agências sofrem não apontam para uma efetiva contestação do poder decisional e interpretativo que elas possuem.

Para Vermeule tendência de deferência dos Tribunais continuará ocorrento, pois o longo Lei se inclinou firmemente em relação à deferência e não há retorno. Os tribunais podem estabelecer uma política nacional de fato sobre questões sociais simbólicas, como o casamento gay ou a liberdade de expressão, mas o direito administrativo é onde há ação real, uma vez que o Estado Administrativo permeia toda a contemporaneidade.

---

Embora as iniciativas regulatórias sejam rotineiramente contestadas nos tribunais, o controle judicial das mesmas está se tornando um exercício altamente deferente que tenta apenas determinar se as agências administrativas ultrapassaram claramente os limites externos dos defensáveis.

Diversas restrições legais e constitucionais sobre a ação das agências diminuíram, nessa perspectiva, o Estado Administrativo, nesse sentido, derrotou o Lei. Configurando a "abnegação" do título de Vermeule, e o núcleo de sua tese provocativa.

Vermeule afirma que os mesmos argumentos que justificaram a acomodação inicial do Estado Administrativo no início do *New Deal* justificaram acomodações cada vez maiores desde então. Ao longo do tempo, os tribunais tornaram-se cada vez mais permissivos no controle das ações das agências – estando cada vez mais à margem, progressivamente consolidando a abnegação.

Em 1984, no caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, o Supremo Tribunal de forma unânime anunciou que, quando uma disposição legal é silenciosa ou ambígua, um tribunal de revisão deve adiar a interpretação estatutária da agência implementadora, desde que a interpretação seja razoável. Verificando que a maioria dos estatutos regulatórios complexos têm alguma ambiguidade, a doutrina da Chevron deu às agências uma ampla licença para consolidar o Estado Administrativo.

Alguns críticos argumentam que essa tendência à deferência foi produto de políticas de interesse especial ou ideologia progressista. No entanto, Vermeule argumenta que foi uma consequência dos esforços da lei para se tornar íntegra. A natureza do raciocínio jurídico cria uma pressão constante em direção à consistência e a coerência, e no contexto do direito administrativo a pressão alimenta a deferência, uma vez que juízes conscientes dos limites de seus próprios conhecimentos acabam por construir uma deferência no próprio direito.

Na tese abnegadora do direito, verifica-se que os tribunais são, de maneira geral, muito mais deferentes às agências administrativas do que se poderia ter imaginado há um século. O

requisito de racionalidade da agência, isto é, que a decisão não seja arbitrária e caprichosa, é um requisito diminuto, não exigindo realmente um complexo aporte de racionalidade nas decisões das agências federais.

Isso ocorre, em razão das exigências e dos assuntos que assolam o direito administrativo moderno. Os juízes generalistas não possuem experiência para analisar determinações técnicas ou científicas de agências especializadas. Ademais, no processo de delegação de poderes às agências, o Congresso não especificou os pressupostos ou presunções que uma agência deve adotar, logo, os tribunais não têm licença para substituir seu julgamento pelo dos funcionários administrativos a quem o Congresso delegou essa autoridade. A maioria dos tribunais pode fazer e exigir que as agências forneçam razões - não necessariamente as melhores razões ou mesmo as razões mais persuasivas, mas apenas razões substantivas que demonstrem a racionalidade subjacente do curso da agência.

Vermeule vai mais longe e exige a entrega por atacado às necessidades de afirmação do estado administrativo afirmando que as agências devem ser capazes de fazer políticas como acharem adequadas, a menos que existam razões muito claras para que os tribunais intervenham.

As noções tradicionais de separação de poderes ou devido processo não estão no caminho para consolidação das necessidades do Estado Administrativo. Apesar de serem considerados essenciais para a preservação da liberdade por parte de alguns, essas noções não devem ser idolatradas e, em vez disso, devem ser negociadas contra outras considerações e bens". Os abusos constitucionais não devem ser rigorosamente combatidos, mas sim devem ser otimizados.

A partir da análise empreendida no presente trabalho, pode-se verificar que *Law's Abnegation* figura atualmente como um trabalho acadêmico jurídico de primeira classe no auge de sua consolidação e trajetória para a conformação de um novo desenho de Estado que se afirma na contemporaneidade. A tese central de Vermeule é convincente, inteligente e seguramente verossímil. Vermeule apresenta uma ampla análise sobre a deferência judicial ao poder administrativo, sendo, é claro, o produto de uma investigação séria sobre os aparatos legais existentes e uma reflexão cuidadosa sobre eles, levando em consideração que todas as considerações históricas e legais devem ter em mente que mundo contemporâneo é muito diferente do que os *Framers* conheciam.

---

Vermeule avança na construção de um argumento sólido e claro sobre a necessidade, ou melhor dizendo, a naturalidade do processo de deferência às interpretações, deliberações e decisões ocorridas no âmbito das instituições administrativas. Apontando que o espaço há muito tempo abnegado pelos tribunais ao poder administrativo não é nem absurdo nem imprudente, sendo sim um caminho natural que o Estado e suas instituições seguiram para atingir os objetivos e desafios desenvolvimentistas e asseguradores que os últimos séculos tem apresentado. Desse modo, *Law's Abnegation* é uma descrição real e prática das escolhas institucionais do Estado para sobreviver aos inúmeros dilemas sociopolíticos que se apresentam na contemporaneidade, sendo a tese uma fonte potencial de inspiração para os novos estudiosos do Estado e principalmente para os agentes institucionais.

---

---



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de Poderes e Medidas Provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação de Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades Institucionais” entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BEDNAR, Jenna. Choosing a Future Based on the Past: Institutions, Behavior, and Path Dependence. **European Journal of Political Economy** 40, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

COUTINHO, Diogo R. Direito e Institucionalismo Econômico: Apontamentos sobre uma Fértil Agenda de Pesquisa. **Revista de Economia Política**, vol. 37, nº 3 (148), pp. 565-586, julho-setembro/2017.

DYZENHAUS, David. **Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency**. New York: Cambridge University, 2016, reprinted 2013.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ERNST, Daniel. **Tocqueville’s Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900–1940**. New York: Oxford University, 2014.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell. **The Supreme Court in American Politics: New Institutional Perspectives**. Lawrence: Kansas University, 1999.

GREVE, Michael S. The Administrative State and Its Law. **George Mason Law Review**, vol. 24, n. 2, 2017.

GRIFFIN, Stephen. **American Constitutionalism: From Theory to Politics**. Princeton: Princeton University, 1999.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As Três Versões do Neo-Institucionalismo. **Lua Nova**, n. 58, 2003.

HAMBURGUER, Philip. **Is Administrative Law Unlawful?** Chicago: University of Chicago, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KOPPELMAN, Andrew. Abnegation? **For the Symposium on Adrian Vermeule, Law's Abnegation**, in <https://balkin.blogspot.com.br/2017/01/abnegation.html>, acessado em 03.10.2017

LEVINSON, Darel J.; PILDES, Richard H. A Separação dos Partidos, não Poderes in BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crises. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 157, fev/2009, nº3.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Marcelo Doval. Processo Legislativo: Alguns Mecanismos de Agilização e Qualificação. **Revista Estudos Legislativos**, Ano 9, n. 9. Porto Alegre, 2015.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REHNQUIST, William. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**. N. 28, 2002.

SUNSTEIN, Cass. Second-Order Perfectionism. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 144, 2006.

SUNSTEIN, Cass. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities. **Harvard Law Review**, vol. 126, 2013.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Libertarian Administrative Law. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 14-29, 2014.

TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism as Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, vol. 81, 2006.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, vol. 42: 607, 2005.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University, 2006.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small**. New York: Oxford University, 2007.

VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: After the Madisonian Republic**. New York, Oxford University, 2010.

VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University, 2014.

VERMEULE, Adrian. The Optimal Abuse of Power. **Northwestern University Law Review**, 2015.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. **Harvard Law Review**, vol. 122:1095, 2009.

VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law. **Journal of Legal Studies**. University of Chicago, vol. 44, jun 2015.

VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? **Boston College Law Review**, Vol. 54, 2013.