



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA

**A TRAJETÓRIA DO PODER REGULAMENTAR NO
PENSAMENTO POLÍTICO FRANCÊS
E SEUS REFLEXOS NO BRASIL:
UM OLHAR PARA ALÉM DOS MANUAIS JURÍDICOS**

Brasília
2012

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A TRAJETÓRIA DO PODER REGULAMENTAR NO
PENSAMENTO POLÍTICO FRANCÊS
E SEUS REFLEXOS NO BRASIL:
UM OLHAR PARA ALÉM DOS MANUAIS JURÍDICOS**

Autor: Victor Eptácio Cravo Teixeira

Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

Brasília, 02 de abril de 2012.

FOLHA DE APROVAÇÃO

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA

A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

Aprovada em: 02 de abril de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(Presidente)

Prof. Dr. Vinícius Marques de Carvalho
(Membro Externo)

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
(Membro interno – FD/UnB)

Prof. Dr. Gustavo Loureiro Kaercher
(Suplente – FD/UnB)

Para Mariana

Agradecimentos

Acredito que carregamos desde o nascimento a matéria bruta de nosso caráter. As pessoas com quem nos relacionamos e os ambientes que frequentamos agem sobre essa pedra impolida, modificando sua forma original. Certas vezes não temos a perspicácia ou a sensibilidade para percebemos as marcas que essas pessoas nos imprimem; em outras, são elas que sequer se dão conta da influência que exerceram sobre nós. Escrevo as próximas linhas em reconhecimento às pessoas que, conscientes ou não de sua contribuição, lapidaram de alguma maneira o meu caráter e modelaram a minha formação.

Muito cedo eu tive a sorte de compreender a fé amorosa e inabalável que minha mãe, Verônica, depositava em mim. Não desperdicei a confiança que ela me transmitiu desde sempre, mesmo algo desconfiado de imerecê-la em tamanha quantidade. As mães não podem se enganar completamente, eu pensava. Dei o benefício da dúvida à minha, e ela inspirou a fé que tenho em mim. Guardo apenas bons sentimentos do lar que dividi com minha mãe e meus irmãos Mariano, mais velho e amigo protetor; e Camila, a caçula querida a quem eu amava importunar.

Mas foi em outra casa que primeiro conheci o instigante prazer de absorver um conhecimento que não vinha dos livros didáticos da escola. Lá eu escutava atentamente as palavras firmes de um velho de semblante sereno e olhar azul penetrante. Em uma sala rodeada de centenas de livros ordenadamente enfileirados em estantes e armários, ele me alimentou a curiosidade por lê-los, antes mesmo que pudesse alcançá-los. Foi também em seu entusiasmo por mim que aprendi a compartilhar de suas predileções: história, literatura e idiomas estrangeiros, que ele aprendeu com a ajuda de um rádio de ondas curtas que ainda conservo comigo. Eu vivi a casa de meu avô Levi durante todos os sábados dos vinte e quatro anos que morei no Recife. Eu já não o posso mais encontrar, mas a cada dia sinto com mais intensidade a presença dele em mim.

Se passei a sensação de que a escola teve para mim pouca importância, corrijo agora o meu desacerto. Tive o privilégio de receber a maior parte de minha educação formal do ensino público federal, por meio do Colégio de Aplicação da UFPE – CAP e da Faculdade de Direito do Recife – FDR. Ambas as instituições me proporcionaram uma formação rica e voltada para a percepção crítica da realidade sob suas diferentes perspectivas. Mas devo deixar registrado que elas me deram muito mais que diplomas e

preparo acadêmico, elas me presentaram com amizades que levarei comigo por toda a vida.

Mesmo tendo deixado o Recife para seguir carreira no serviço público federal, o acaso terminou por me levar a Brasília, para onde também convergiram muitas das minhas mais caras amizades cativadas na FDR. Desde que me estabeleci na capital federal, pude manter intenso convívio com amigos fraternos como Rafael Dubeux, Marcos Toscano e Marcelo Bruto, que sempre incentivaram meus esforços acadêmicos e pacientemente se dispuseram a escutar as minhas hipóteses de pesquisa. De um modo geral, tenho a agradecer a toda a comunidade de amigos pernambucanos que adotaram o planalto central como novo lar. Essa comunidade é para mim uma família, que o tempo tratou de fazer crescer, incorporando membros hoje naturalizados pernambucanos, a exemplo dos ex-mineiros João Paulo Rezende e Celina Pereira e da ex-sul-mato-grossense Renata Espíndola.

Também a Advocacia-Geral da União foi para mim um celeiro de amizades. Na Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel encontrei amigos sinceros, a quem agradeço nas pessoas de Fernanda Bussacos e Paulo Firmeza, que acompanharam todas as minhas angústias no mestrado, desde as minhas primeiras tentativas de nele ser aceito até a ansiedade pela sua conclusão. Já na minha passagem pela Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, pude contar com o inestimável apoio dos amigos Rodrigo Zerbone, Aleksandro Maia e José Flávio Bianchi, sem cuja compreensão não teria conseguido sequer iniciar a elaboração de minha dissertação. Devo também a este último e a Rafael Dubeux os especiais agradecimentos por terem me ajudado na cansativa tarefa de revisão de texto.

Se esta dissertação possui alguma qualidade, contudo, eu a atribuo à orientação precisa que recebi do professor Marcus Faro de Castro. Seu entusiasmo pela revisão da teoria tradicional do direito administrativo, aliado a seu vasto conhecimento interdisciplinar, foi para mim fundamental para o aprofundamento teórico de minha pesquisa. Agradeço-lhe, sobretudo, a dedicação com que revisou a minha dissertação, à custa de alguns preciosos finais de semana. De igual forma, não posso esquecer a contribuição do professor Gustavo Kaercher, cujo domínio da história do direito administrativo francês me proporcionou indispensáveis referências bibliográficas.

Ao fim, e com todo meu carinho, devoto minha gratidão a quem me inicia o dia com um sorriso luminoso; ao amor que descobri na faculdade e comigo deixou o Recife para embarcar numa aventura incerta; à noiva com quem frevei nas ladeiras de Olinda

após a bênção do padre; à esposa que junto comigo se encantou pelo o céu do Centro-Oeste; à companheira com quem divido sonhos e esforços, que multiplica minhas alegrias e esperanças; à mulher que fará de mim um pai, e que me faz enxergar a vida como um constante recomeço. Obrigado, Mari.

Na teoria, teoria e prática são iguais. Na prática, elas não são.

Albert Einstein

A noção de governo se simplifica: o número sozinho faz a lei e o direito. Toda a política se reduz a uma questão de aritmética.

Alexis de Tocqueville

Resumo

Desde os primeiros anos do ensino do direito administrativo no Brasil, o modelo político-jurídico francês, construído a partir da Revolução de 1789, foi amplamente absorvido e difundido pelos juristas nacionais. O culto à lei, que dominava o ideário da filosofia revolucionária, foi transportado para o cenário brasileiro, passando o poder Legislativo a ganhar espaço como a única fonte de poder legítimo. Na teoria da separação de poderes adotada pelos revolucionários, o poder Executivo, visto como um poder subalterno ao Legislativo, tinha a sua atuação normativa reduzida a concretizar comandos previamente contidos em leis. Nada obstante a inflexibilidade da teoria revolucionária, os fatos demonstram que, ao longo da Revolução Francesa, o poder Executivo editou normas jurídicas cujos efeitos ultrapassaram os limites fixados pela ideologia liberal. Nascia o poder regulamentar, silenciosamente e à margem de teorizações jurídicas. Prática e teoria continuaram incomunicáveis durante a maior parte do século XIX. Mesmo com o surgimento de juristas franceses que conciliavam a teoria do poder regulamentar à praxe administrativa, suas ideias jamais foram consenso entre os doutrinadores da França ou do Brasil. Observa-se que os argumentos dos juristas contrários ao desenvolvimento do poder regulamentar sustentavam-se no ideal político liberal da separação de poderes, e na sua decorrente lógica de legitimação pautada na vontade geral do povo. A tese da superioridade constitucional e política do poder Legislativo é problematizada com o auxílio da teoria política de Pierre Rosanvallon, que revela outras dimensões da experiência democrática na contemporaneidade. Além do tradicional elemento majoritário, Rosanvallon valoriza a imparcialidade, a reflexividade e a proximidade como atributos complementares da legitimação democrática da atuação estatal. As ideias desse autor também corroboram a rediscussão da teoria tradicional da separação de poderes e de sua adequação ao modelo político-constitucional brasileiro, possibilitando a percepção de novas perspectivas sobre o fenômeno do poder regulamentar no Brasil.

Palavras-chaves:

PODER REGULAMENTAR. DIREITO ADMINISTRATIVO. SEPARAÇÃO DE PODERES. REVOLUÇÃO FRANCESA. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. CIÊNCIA POLÍTICA. PIERRE ROSANVALLON.

Abstract

Since the early years of the teaching of administrative law in Brazil, the French legal-political model, built from the Revolution of 1789, was absorbed and widely disseminated among Brazilian jurists. The cult of the law, which dominated the ideology of the revolutionary philosophy, was transported to the Brazilian context, allowing the Legislative power to gain ground as the only source of legitimate power. In the theory of separation of powers, the executive branch, seen as subordinate to the legislative branch, had his role reduced to implement the normative commands contained in preexisting statutory law. Despite the inflexibility of the revolutionary theory, during the French Revolution the executive branch enacted statutes whose effects exceeded the limits set by liberal ideology. Thus was born the regulatory power, silently and lacking legal theorization. On this matter, practice and theory remained unrelated for most of the nineteenth century. Even with the emergence of French jurists who reconciled the theory of the regulatory power to administrative usage, their ideas have never been made consensual among scholars of France and Brazil. The arguments of jurists opposed to the development of regulatory power embedded in the liberal political ideal of separation of powers, and in its resulting logic of legitimacy based on the general will of the people are described. The thesis of constitutional and political superiority of the legislative branch is challenged with the aid of the political theory of Pierre Rosanvallon, which reveals other dimensions of contemporary democratic experience. Besides the traditional majority element, Rosanvallon values impartiality, reflexivity and proximity as complementary attributes for the democratic legitimation of the government's action. This author's ideas also corroborate the notion that a reassessment must be made of the traditional theory of separation of powers and of its adequacy to the political and constitutional Brazilian model. The discussion brings forth new insights into the experience of regulatory power in Brazil.

Keywords:

REGULATORY POWER. ADMINISTRATIVE LAW. SEPARATION OF POWERS. FRENCH REVOLUTION. DEMOCRATIC LEGITIMACY. POLITICAL SCIENCE. PIERRE ROSANVALLON.

Sumário

Introdução	12
1. Percurso e percalços das ideias sobre o poder regulamentar no Brasil	15
1.1. Da fundação do ensino jurídico no Brasil à Constituição de 1988.....	15
1.2. A doutrina brasileira contemporânea e a percepção da legitimidade democrática da atuação estatal	44
2. O Curioso Enraizamento do poder regulamentar na França.....	52
2.1. Um nascimento improvável em meio ao culto à lei e à desqualificação do poder Executivo	52
2.1.1. As ideias à frente da Revolução Francesa e as disputas entre os poderes Legislativo e Executivo	54
2.1.2. O precoce descasamento entre experiência e teoria durante a Monarquia Constitucional de 1791	66
2.1.3. A Convenção Nacional e a ditadura do Legislativo	70
2.1.4. O Diretório e o afloramento de um verdadeiro poder regulamentar	82
2.2. A paulatina assimilação do poder regulamentar pela cultura jurídica francesa ..	92
2.3. As entrelinhas da disputa doutrinária em torno do poder regulamentar: a legitimidade democrática.....	112
3. Velhas e novas perspectivas sobre legitimidade democrática da ação administrativa do Estado	116
3.1. Uma proposta de complexificação da teoria da legitimidade democrática	116
3.2. A necessidade de novas lentes para o foco brasileiro sobre a legitimidade democrática do poder Executivo	134
Conclusão	145
Bibliografia.....	152

Introdução

É uma experiência comum que o estudante do ensino jurídico no Brasil, após cerca de dez semestres de estudos, feche seu manual de direito administrativo, cole o grau de bacharel e, finalmente, entre em contato com a realidade do funcionamento da máquina administrativa estatal. Seja como advogado, servidor público ou pesquisador, é inevitável que, em pouco tempo, o jovem operador do direito comece a perceber o evidente descompasso entre as lições copiadas em aula e o modo como se relacionam de fato os poderes Executivo e Legislativo no que se refere à extensão do chamado “poder regulamentar”.

Como é notório, sendo interpretada ao pé da letra, a Constituição de 1988 limitaria o poder Executivo à elaboração de regulamentos destinados tão-somente à fiel execução das leis – art. 84, IV.¹ Ao mesmo tempo, inúmeras publicações cotidianas do Diário Oficial da União vez por outra trazem consigo regulamentos acusados de extrapolar o modelo constitucional de separação de poderes. Ilustram tais casos os recentes Decretos nº 7.546, de 2 de agosto de 2011, que regulamentou, no que toca às compras feitas pela administração pública, a aplicação de margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, além de medidas de compensação comercial, industrial e tecnológica; nº 7.567, de 15 de setembro de 2011, que dispôs sobre a redução do imposto sobre produtos industrializados - IPI em favor da indústria automotiva; e nº 7.655, de 23 de dezembro de 2011, que fixou o valor do salário mínimo nacional.²

Ao se deparar com essa “incongruente” realidade, o recém-formado jurista certamente se indaga sobre como fazer para explicar os fatos que vê, à luz das teorias aprendidas em autores amplamente difundidos, a exemplo de Maria Sylvia Zanella di Pietro. Consoante o seu “*Direito Administrativo*” – com mais de vinte edições esgotadas –, o decreto regulamentar é “*ato normativo derivado, porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitem explicitar a forma de execução da lei*” (PIETRO 2010, p. 233).

¹Exceção feita para os regulamentos ditos *autônomos*, previstos pela Constituição de 1988 no inciso VI do mesmo art. 84.

² Todos os três decretos citados constituem exemplos, colhidos ao longo de um só semestre, de normas infralegais editadas por órgão distinto do poder Legislativo, com o objetivo de estabelecer regras de direito inovadoras em relação às leis precedentes. Como será visto neste trabalho, normas de cunho regulamentar estão longe de constituir exceção no ordenamento jurídico brasileiro, tanto como hoje como em períodos anteriores.

Basta um rápido cotejo entre os textos referentes aos citados decretos e aqueles das leis que dizem regulamentar para evidenciar que introduzem no ordenamento jurídico nacional decisões relativamente inovadoras, que ultrapassariam o reduzido conceito de “*fiel execução da lei*”. Sobrariam ao jovem jurista duas conclusões mutuamente excludentes: ou tais decretos, assim como tantos outros, estariam inquinados de ilegalidade, quiçá de inconstitucionalidade, tendo em vista a constitucionalização da separação de poderes; ou a teoria decorada dos manuais didáticos não serviria para explicar a realidade do relacionamento entre os poderes Legislativo e Executivo. Este trabalho se inclina em favor da segunda explicação.

De forma a investigar as origens dessa concepção reduzida do poder regulamentar no Brasil, o Capítulo 1 se dedicará a analisar os juristas brasileiros que se debruçaram sobre o direito administrativo – com reflexos na teoria constitucional da separação de poderes –, desde a instalação do ensino jurídico em Pernambuco e São Paulo até a geração contemporânea de administrativistas.

Na primeira parte desse Capítulo, a leitura dos pioneiros publicistas brasileiros, tais quais Vicente Pereira do Rêgo, Antonio Joaquim Ribas, José Antonio Pimenta Bueno, assim como de administrativistas do século XX, exemplificados por José Cretella Júnior, Victor Nunes Leal, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e seu filho Celso Antônio, conduzirá a trilha da pesquisa a um destino inevitável, circunscrito em uma data precisa: a França em sua Revolução de 1789. É para lá, e nessa época, que apontam os juristas quando confrontados com o tema do poder regulamentar, e com a generalizada identificação entre o princípio da supremacia da lei e a legitimidade democrática consubstanciada na vontade geral do povo. A segunda parte do Capítulo 1 tratará da doutrina nacional contemporânea e sua abordagem sobre o tema da legitimidade democrática da atuação do poder Executivo.

O Capítulo 2 iniciará sua rota com a análise das diversas fases da Revolução Francesa, com o objetivo de investigar as circunstâncias e os elementos que levaram ao nascimento do poder regulamentar, bem como a extensão original desse poder. Será utilizada como base a exaustiva pesquisa empreendida por Michel Verpeaux, cuja compreensão do poder regulamentar é bastante diferente – convém adiantar – da corrente doutrinária tradicional. Para ele, o poder regulamentar consiste na capacidade de uma autoridade diferente do corpo legislativo editar atos que compreendam disposições gerais, abstratas e impessoais, não destinados apenas a interpretar legislação anterior, e que devam conter medidas novas em relação ao ordenamento jurídico

vigente, e suscetíveis de serem aplicadas diretamente aos administrados tanto quanto as leis (VERPEAUX 1991, p. 357).

A segunda parte do Capítulo 2 discorrerá sobre a assimilação do poder regulamentar pela cultura jurídica francesa. Serão estudadas as opiniões dos principais juristas franceses a respeito dos usos dos regulamentos administrativos, desde o início do século XIX – a exemplo de Joseph-Marie de Gérando, Louis-Antoine Macarel e Louis de Cormenin – até a fundação da 5ª República Francesa com a Constituição de 1958 – passando por doutrinadores como Léon Duguit, Félix Moreau e Georges Cahen, até chegar a Louis Favoreu. Na seção final desse Capítulo, não se deixará de notar que nas entrelinhas dos embates entre os doutrinadores contrários e favoráveis figurava, discretamente, o tema da legitimidade do poder e de sua identificação com a vontade geral do povo.

No Capítulo 3 será finalmente abordada a temática da legitimidade democrática da atuação administrativa estatal, em meio aos conflitos entre os poderes Legislativo e Executivo. Esse Capítulo cumprirá a importante tarefa de aprofundar – sob uma perspectiva interdisciplinar e agregando elementos de ciência política e sociologia – os debates jurídicos apresentados nos capítulos anteriores. Será importante entender o significado político atual da tese dos juristas favoráveis à centralidade e superioridade do Legislativo em relação ao Executivo. Para alcançar esse objetivo, a teoria política de Pierre Rosanvallon ocupará posição de destaque, tendo em vista sua utilidade na problematização, diante dos desafios contemporâneos, da tese da superioridade constitucional e política do poder Legislativo.

Ao final desse Capítulo, e não menos amparado em Rosanvallon, este trabalho proporá o retorno à problematização da aplicação da teoria tradicional da separação de poderes ao modelo político-constitucional brasileiro. Conseqüentemente, chegar-se-á à discussão acerca de novos enfoques de análise sobre o fenômeno do poder regulamentar brasileiro. Já despido de velhos preconceitos e dogmas antiquados, espera-se sensibilizar a percepção do leitor para novas maneiras de enxergar a frequente tensão entre os poderes Legislativo e Executivo em torno da extensão do poder regulamentar. Mesmo não tendo o presente estudo a pretensão de exaurir o tema, com as discussões nele desenvolvidas, aspira-se a apontar um rumo teórico que melhor sirva a explicar a realidade, ao invés de empregar lições que acusem a realidade de distorcer seus paradigmas.

1. Percurso e percalços das ideias sobre o poder regulamentar no Brasil

1.1. Da fundação do ensino jurídico no Brasil à Constituição de 1988

O ensino jurídico brasileiro tem formado gerações inteiras de bacharéis inculcando uma mesma incansável lição a respeito do poder regulamentar. A inauguração da cátedra de direito administrativo, nas pioneiras faculdades do Recife³ e de São Paulo – criadas em 1827 – foi ordenada pelo Decreto nº 608, de 16 de agosto de 1851, da Assembleia Geral Legislativa, mas tornou-se realidade apenas em 1855 (O. A. MELLO 1968, pp. 101-102). Já no ano seguinte, Vicente Pereira do REGO e Antonio Joaquim RIBAS assumiam o monopólio do ensino do direito administrativo no Brasil – no Recife e em São Paulo, respectivamente –, espalhando aos quatro ventos as palavras cujos ecos ainda hoje se podem ouvir em páginas atuais de nossa literatura jurídica.

Em seu compêndio, reputado a primeira obra dedicada ao direito administrativo nas Américas,⁴ Pereira do REGO (1860, p. 8) entendia o regulamento administrativo como “*um acto imperativo, prohibitivo, ou descriptivo, que dimana da Administração superior, ou d’uma magistratura local, e que estatue, por via de disposição geral, tendo por fim a execução da Lei ou a utilidade social (sic)*”. RIBAS (1866, p. 218), por sua vez, ensinava que os atos regulamentares do poder Executivo tinham por fim “*desenvolver as disposições legislativas para facilitar a sua execução*”. Ainda segundo esse autor, os decretos regulamentares dividiam-se, quanto a sua origem, em duas classes:

“1º. Uns emanão da natureza do poder executivo, da sua missão de prover á execução das leis, e são expedidos simplesmente da sua attribuição constitucional (Const. Art. 102, § 12; desta ordem é a maior parte deles);

2º. Outros decorrem de delegações legislativas, ou de autorizações expressas contidas em leis especiaes ou ordinariamente nas leis annuas de fixação de forças de terra e mar, e de orçamento. (*sic*)” (RIBAS 1866, p. 219)

As lições transcritas evidenciam a estreita ligação que ambos os autores encontravam entre os *regulamentos* e as *leis*, enquanto emanações de dois poderes necessariamente distintos, ainda que desiguais. Para REGO (1860, p. 4), o *poder público* consubstanciava a força inteligente e suprema encarregada de dirigir a

³ Em Pernambuco, a Faculdade de Direito foi primeiro instalada em Olinda, em 1827. Apenas em 1854, a Faculdade de Direito foi transferida para o Recife, acompanhando a mudança da capital da província ocorrida alguns anos antes, em 1837.

⁴ Segundo Caio TÁCITO (1997), *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro* foi o primeiro livro sobre direito administrativo publicado nas Américas, tendo sua primeira edição sido publicada em 1857.

sociedade nas vias de seu desenvolvimento. Esse *poder público* era encarnado pelo *governo*, que assentava a sua esfera de ação em dois poderes: o poder que ordena, e o poder que aplica; o poder Legislativo e o poder Executivo.

RIBAS (1866, p. 28) também reconhecia a íntima relação entre o estudo do direito administrativo e o conhecimento das normas e princípios que regulam a relação entre os poderes conformadores da ação governamental. O âmbito de estudo do direito administrativo estava diretamente relacionado ao raio de atuação da administração pública, a qual, por sua vez, era cerceada pelos comandos do legislador:

“O legislador é a intelligencia que formula a regra; a administração é a força mecânica que a executa. É a administração que transporta o pensamento legislativo do mundo subjetivo para o objetivo, que o torna sensível e activo, quem o traduz em fenômenos materiaes e sociaes.

A lei deve ser geral e permanente, e portanto exprimir-se por meio de synteses applicaveis á todos os pontos do territorio, e á todos os momentos do longo periodo que cumpre que ella viva (...)

Assim, para que a execução não encontre tropeços, incumbe á administração aplicar sistematicamente ás hypotheses variaveis da vida pratica o pensamento da lei, esclarecendo e completando a palavra de que ella se serve e decretando as medidas secundárias de mera execução.” (RIBAS 1866, pp. 66-67)

José Antonio Pimenta BUENO (1857, pp. 83-84), outro pioneiro comentarista das relações constitucionais entre os poderes no regime imperial, diversas vezes citado por RIBAS, empregava ainda maior ênfase na subordinação dos regulamentos ao poder Legislativo:

“Os regulamentos são actos e modos de mera execução e não de legislação, são disposições geraes e moveis do poder executivo, revestidas de certas fórmãs, que preparão os meios, determinão os detalhes e coordenão as providencias necessarias para que as leis sejam facilmente executadas, para que não encontrem obstáculos em nenhum tempo, occurencia ou parte do Estado. (sic)” (BUENO 1857, p. 82)

BUENO (1857, pp. 25-27) entendia que a soberania era “*o poder e a independência de um povo*”, ainda em seu estado primitivo e, portanto, não delegado. Segundo o referido autor, a soberania, esse poder no estado bruto, não poderia ser exercida enquanto não fosse delegada. Assim, chamava de “*poderes políticos*” o resultado das “*delegações do exercício do grande poder nacional convenientemente divididas*”. De acordo com a teoria da separação de poderes proposta por Bueno, o Imperador e a Assembleia Geral Legislativa representavam as mais altas delegações do poder nacional, como se fossem “*uma soberania secundária*”.

Esse autor difundia o senso de que o poder que cria as leis não deveria acumular os poderes que as executam. Sendo mais que um poder distinto do Executivo, o Legislativo deveria pautar a atuação deste último, estabelecendo as normas pelas quais

ele deveria agir; criando os direitos e obrigações que ele deveria respeitar; imprimindo e regulando as condições legítimas dos interesses coletivos, de modo a impor limites a sua atuação e a resguardar os direitos individuais (BUENO 1857, pp. 33-34).

Via-se que pensamento jurídico predominante relegava a atuação do poder Executivo a uma simples reprodução mecânica do texto legal, destinada a defender a lei contra os possíveis desvios de seu cumprimento. Dentro do poder Executivo, o *poder administrativo* representava o consectário imprescindível à ação do *governo*;⁵ era o braço da sociedade, ao passo que o governo era a cabeça (REGO 1860, p. 5). Enquanto a ação governamental possuía “*missão inteiramente moral e de superintendência*”, à ação administrativa incumbia a “*gerência prática dos interesses públicos*” (RIBAS 1866, p. 51).

Ainda que reconhecida a importância do *governo*, BUENO (1857, p. 237) advertia que este não deveria em nenhuma hipótese falsear a divisão de poderes políticos, de forma a exceder suas próprias atribuições e usurpar as prerrogativas do Legislativo. A esse respeito, o mesmo autor chegou a exemplificar algumas das formas mais visíveis do que acreditava serem os limites da atribuição do poder Executivo, fora dos quais haveria grave abuso do poder regulamentar:

“1º Em crear direitos, ou obrigações novas, não estabelecidos pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas attribuições, uma usurpação do poder legislativo, que só pudera ser tolerada por camaras desmoralizadas. (...);

2º Em ampliar, restringir ou modificar direitos e obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei (...);

3º Em ordenar ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-hia abuso igual ao que já notámos no antecedente numero primeiro. (...);

4º Em facultar ou proibir diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria de ser tal fôra decretada (...);

5º Finalmente, em extinguir ou annullar direitos ou obrigações, pois que um talacto equivaleria á revogação da lei que os estabelecêra ou reconhecêra; (...).” (BUENO 1857, p. 237)

Visto considerar que a divisão de poderes era resultado de uma delegação constitucional da soberania nacional, BUENO (1857, pp. 37-39) repudiava a subdelegação de atribuições do Legislativo ao Executivo. Acusava essa prática de

⁵ À época, a teoria política dominante entre os administrativistas brasileiros esforçava-se em distinguir as atividades do poder Executivo em *governo* e *administração*. Enquanto esta última dizia respeito à gestão de questões específicas, afeitas a particularidades cuja resolução exigiria maior detalhamento, a ação de *governo* implicava o manejo das medidas concernentes à direção moral dos interesses da nação, à segurança interna e externa do Estado, para as quais era imprescindível agir de maneira geral (OLIVEIRA 1884, p. 33).

desvirtuar o sistema de governo então vigente, sendo uma aberração que cumpria aniquilar.⁶ A separação formal e imperiosa entre os poderes Legislativo e Executivo deveria ser real e eficaz, de modo a proibir que os agentes do Executivo jamais pudessem substituir-se aos legisladores. Essa tese, “*consagrada pelos séculos e incorporada na legislação de todos os povos civilizados*”, era tida como a salvaguarda e a garantia dos direitos dos indivíduos e das liberdades públicas (BUENO 1857, p. 39).

Ao menos em tese,⁷ o poder Executivo era arduamente diminuído em sua importância política em prol da sobrevivência dos grandes e sagrados interesses da liberdade, da honra, da segurança e da propriedade dos administrados, tidos por constantemente ameaçados pelo arbítrio e má-fé daqueles incumbidos de aplicar as leis. Ao Executivo, portanto, não poderia sobrar outra coisa senão a disciplina das questões meramente técnicas e autômatas da organização dos serviços públicos previamente regrados por lei (RIBAS 1866, pp. 69 e 71).

A esta altura da exposição já é impossível deixar de comentar a marcante influência do liberalismo francês sobre a doutrina jurídica do Brasil imperial. Tanto REGO (1860) quanto RIBAS (1866, pp. 37-41) foram pródigos em citações bibliográficas de juristas franceses adeptos da escola legalista e do método exegetico – a exemplo de Gérando, Cormenin, Laferrière, Pradier-Fodéré, Maracel, Foucart, Dufour e Ducrocq –, como bem anotado por Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO (1968, p. 103).

Enquanto REGO (1860) e RIBAS (1866, pp. 37-41) atêm-se às citações bibliográficas de administrativistas franceses influentes no período pós-revolucionário, BUENO (1857, pp. 17-18) inclui entre suas referências alguns dos legítimos representantes do liberalismo na França dos séculos XVIII e XIX, como Condorcet, Constant e Tocqueville.

A francofilia brasileira não passou despercebida pelos estudiosos do direito administrativo nacional do século XX. Em artigo publicado em 1955 sobre a evolução histórica do direito administrativo, Caio TÁCITO (1997, pp. 1-2) atribuía à reforma política empreendida pela Revolução Francesa o nascimento desse ramo especializado

⁶ Para justificar as suas opiniões, esse autor recorria à teoria geral do direito, fazendo uso de comparações com o direito privado: nesse ramo, um procurador não podia subdelegar uma comissão que lhe foi confiada a menos que expressa e especialmente autorizado para tanto (BUENO 1857, p. 39).

⁷ Não se pode esquecer que, apesar do inflamado discurso em favor da superioridade do poder Legislativo em relação ao Executivo, o regime imperial brasileiro era substancialmente particularizado pela existência constitucional do poder Moderador, titularizado pelo Imperador – art. 98 da *Constituição Política do Império do Brasil*. Competia o Imperador, portanto, harmonizar as disputas entre os poderes Legislativo e Executivo.

do direito. Para esse autor, a submissão simultânea do Estado e do indivíduo ao império da lei, ocorrida na virada do século XVIII para o XIX, foi o episódio central da história do direito administrativo. Ganhava força também nesse momento a ideia da superioridade do poder Legislativo sobre o Executivo, fazendo cessar a liberdade administrativa onde principiava a vinculação legal.

Vale notar que foi na *Constituição Política do Império do Brasil*, de 1824 – art. 179, I⁸ –, que se inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a repetida máxima segundo a qual nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Tal sentença fora anteriormente incorporada no art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,⁹ tendo sido posteriormente transportada, com pequenas variações de redação, para todos os textos constitucionais da França e do Brasil.

Os influxos do liberalismo francês eram tão evidentes no regime imperial brasileiro que chegaram a ser veementemente criticados por Tobias Barretto, expoente da corrente jusfilosófica conhecida como Escola de Direito do Recife, e sabidamente influenciado por autores germânicos como Rudolf von Jhering. Em suas preleções sobre direito constitucional, ministradas na Faculdade de Direito do Recife em 1882, BARRETTO (1926, pp. 24-27) opunha-se ao jusnaturalismo rousseuiano e ensinava o direito como um produto social e cultural. Ao invés de uma entidade metafísica de derivação racional ou divina, o direito seria uma disciplina que a sociedade impunha a si mesma por meio de seus membros, imbuída do fim supremo de garantir a convivência harmônica de todos os associados.

BARRETTO (1926, pp. 50 e 64) considerava que o estudo jurídico do Estado – direito público e direito administrativo – estava compreendido no objeto de interesse da ciência da *política*. O Estado seria a forma política do povo, assim como o cidadão seria a forma política do homem. Sobre tais bases conceituais, esse jurista construiu sua crítica ao modelo de divisão de poderes adotado pelo Império, sob o argumento – muitas vezes ácido e irônico – de que teria sido importado da França sem qualquer

⁸ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.”

⁹ “Art. 5º. A Lei não tem o direito de proibir senão os atos nocivos à Sociedade. Tudo o que não é proibido pela Lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer aquilo que ela não ordena.” [tradução livre]

critério ou análise que levasse em conta as particularidades culturais do povo brasileiro (BARETTO 1926, pp. 70-71):

“De todas as nacionalidades o legislador brasileiro só tinha notícia da França, graças á sua ignorância, e se conhecia a França, era pelo órgão de Benjamin Constant, publicista romântico, que escrevendo sobre Direito Público com a mesma penna que escreveu o *Adolphe*, creou e phantasiou uma porção de princípios constitucionaes, que a cada dia se chocavam com os factos, e se pulverizavam por mentirosos.

O legislador constituinte plagiou a Benjamin Constant em toda a íntegra o artigo 9º, são phrases daquelle romancista que elle reduziu a uma inducção histórica. Taes phrases não têm valor algum, não estabelecem um princípio científico, pois são completa parvoíce. A verdade está no opposto a tal divisão; está na unidade dos poderes políticos – o princípio conservador dos direitos do cidadão. (*sic*)” (BARETTO 1926, p. 72)

A doutrina de Tobias Barretto, contudo, não tocou a muitos espíritos. Como ele próprio admitiu, foi a obra de Pimenta Bueno, embebida de galicismos jusfilosóficos, que as gerações seguintes de estudantes brasileiros escolheram ler e adotar como fundamento teórico de justificação do Estado brasileiro:

“O Sr. Dr. Pimenta Bueno, actual marquês de São Vicente, passa por um dos vultos imponentes de nossa terra. É um jurista brasileiro; e, a crer-se nos conservadores, em cujo grêmio elle tem um lugar distincto, é talvez a maior autoridade do Senado. (...)

Já lá são idos cerca de quinze annos que o nobre marquês publicou a sua obra de *Direito público brasileiro*. (...) Total: um volumoso livro de 582 paginas; especie de *armazem* jurídico, onde a mocidade estudiosa costuma embeber-se e ficar admormecida. (...) Poderia achar-se injusto criticar actualmente uma obra, escripta ha mais de quinze annos; e eu não tomaria esse trabalho, se não fossem duas graves e fortes razões. A primeira é que nós não possuímos cousa melhor, nem mesmo igual no genero. Em segundo lugar, a obra de que se trata, existe ainda hoje, como outr’ora, cercada do respeito e obediencia, votados á magna illustração de seu autos.” (BARETTO 1926, pp. 97-98)

Nos anos finais do Império do Brasil, os discípulos de Bueno continuaram a replicar o taxativo ensinamento de que a “*lei manda e a administração obedece*” (OLIVEIRA 1884, p. 40). Nada obstante a idealização doutrinária sobre a separação de poderes, Rubino de OLIVEIRA (1884, pp. 40-41) – sucessor de RIBAS na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – reconhecia que a administração era livre e independente para sopesar os detalhes necessários à execução das leis. Contudo, onde estavam as fronteiras institucionais, isto é, onde começavam e terminavam o âmbito de abrangência dos *detalhes de execução das leis* e o raio de atuação do Poder Legislativo, eram questões que não encontravam uma solução clara, nem na ciência jurídica de então, nem na legislação vigente (RIBAS 1866, pp. 68-69). Essa falta de clareza não passou despercebida pelos juristas das décadas seguintes, como será visto.

A proclamação da República – em 1889 –, ainda que fortemente influenciada pelo exemplo republicano estadunidense, não trouxe relevantes inovações doutrinárias

sobre o escopo de ação dos regulamentos administrativos, cujos fundamentos teóricos continuavam a cargo dos juristas franceses.¹⁰ Prova da permanência da inspiração francesa de cunho liberal na República recém-proclamada era a flagrante repetição de vários trechos da Constituição imperial na nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891 (PIETRO 2003). Importa especialmente notar que esta última carta constitucional preservava em seu art. 72, § 1º, a garantia de que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do mesmo modo, conservava a limitação à atuação do poder Executivo, jungido a expedir decretos, instruções e regulamentos para a fiel execução das leis – art. 48, 1º.

É interessante notar que, poucos anos distante da inauguração da República, Ruy BARBOSA (1893, pp. 30-36) mostrava-se alinhado ao liberalismo conservador francês, encarnado na pessoa de Laboulaye. BARBOSA tornou-se um primaz defensor do aprofundamento das garantias individuais dos cidadãos, alçando o poder Judiciário ao patamar de guardião do indivíduo não só contra seus representantes nos Poderes, mas também contra as legislaturas infieis e as maiorias populares – o Judiciário abraçaria o papel antes encenado pelo poder Moderador.¹¹

Sobre a atuação do poder Executivo, Augusto Olympio VIVEIROS DE CASTRO (1906, p. 46), embora entendesse não ser exato afirmar que o governo apenas executava na espécie o que o poder Legislativo estabeleceu de uma maneira geral, pregava que o Executivo não deveria agir senão nos estritos limites traçados pelo legislador.¹² Terminava, portanto, não se distanciando dos ensinamentos das gerações

¹⁰ Sobre a transição do Império para a República, PIETRO (2003) afirma:

“Pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante continuava sendo a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada.”

¹¹ De acordo com art. 98 da Constituição Política do Império do Brasil, o poder Moderador era a “*chave de toda a organização política*” do Estado brasileiro, pois concentrava nas mãos do imperador, “*chefe supremo da nação e seu primeiro representante*”, toda a capacidade de arbitrar conflitos entre os demais poderes constituídos, sejam eles o Legislativo, o Judicial e o Executivo – o qual também era chefiado pelo imperador (LOPES, QUEIROZ e ACCA 2009, p. 266).

¹² Assim lecionava VIVEIROS DE CASTRO (1906, p. 46):

“Não é exacto que o Governo se limite a executar na-especie o que o Poder Legislativo estabeleceu de uma maneira geral.

anteriores, segundo as quais cabia aos regulamentos desenvolver os meios, regras providências e fórmulas adequados a garantir o fiel cumprimento das disposições legislativas (VIVEIROS DE CASTRO 1906, p. 384).

Aarão REIS (1923, p. 139), outro renomado administrativista da República Velha, tampouco fugia da doutrina predominante sobre a abrangência das atribuições do regulamento administrativo. Para esse autor (REIS 1923, p. 139), a função administrativa do Estado consistia na “*gerência dos negócios públicos*”, de interesse geral e coletivo, de modo a executar as leis de organização e de funcionamento dos serviços públicos necessários ao desenvolvimento progressivo da nação. Nessa função, caberia ao Executivo explicitar, esclarecer e precisar os textos legais (REIS 1923, p. 193).

Os juristas da República Velha, tanto quanto os do Império, não deixaram de reparar para a falta de clareza sobre os limites do poder regulamentar em face da atuação legislativa. Mesmo que imprecisa, a interpretação que faziam da Constituição então vigente não habilitava o poder Executivo a superar sua posição de subordinação em relação ao Legislativo. Nada obstante sua firme convicção sobre a ilegalidade de quaisquer regulamentos com afã inovador, Reis, antecipando as tendências que vislumbrava no horizonte, admitia contrariar a “*moderna tendência do executivo*”, a qual se permitia regulamentar independentemente das peias da lei:

“E, quanto às suas atribuições de regulamentação de leis – definidas, infelizmente, sem precisão no § 1º do art. 48 da constituição – é questão, ainda muito controvertida, de Direito Constitucional – mas não de Direito Administrativo – precisar os limites dentro nos quais dêvam de ser exercidas tais atribuições.

No vertente cazo brasileiro, parece ter sido intuito incontroverso do lejislador constituinte – rezervando para o Congresso Nacional a atribuição de elaborar as leis – deixar á Presidencia da República, apenas, a de dezinvolver, praticamente, as prescrições gerais fixadas pelas leis, sem lhes adulterar as nórmas traçadas, nem alargar, ou restringir, as esféras de ação delimitadas, e menos lhes suprir o silencio, ou lhes modificar o entendimento, por meio de pretendidas interpretações – quázi sempre capciosas dos respectivos textos escritos.

E a moderna tendência do executivo – generalizada por quázi toda a parte – para modificar, adulterar e até, a pretexto de regulamentar, inverter as leis é análoga a que o impéle – mesmo sob honesta e patriótica preocupação – para a ilegalidade, como já analizamos. (sic)” (REIS 1923, p. 194)

As regras estabelecidas pelo legislador são respeitadas pelo Governo como normas e limites juridicos dos seus actos; mas no circuloque ellas traçam, elle decide livremente; negocia e celebra tratados com os outros Estados; toma as medidas necessarias á manutenção da ordem publica, nomeia os funcionarios e dispõe da força armada.”

Poucos anos mais tarde, a Revolução de 1930 pôs fim à República Velha e fez ascender ao poder uma nova ideologia política em substituição ao liberalismo até então predominante. Apesar do matiz nitidamente autoritário com que assumiu os poderes Executivo e Legislativo, a Revolução de 1930 procurou legitimar-se assumindo o compromisso de resgatar a ordem constitucional liberal do país mediante a convocação de uma Assembleia Constituinte.¹³ Capitaneado por Getúlio Vargas, nascia um novo Estado como resultado de um “*imperativo de salvação nacional*”, nas exatas palavras de Francisco CAMPOS (2001 A). Foi um período de quase quinze anos ininterruptos de governo sob regime de exceção, somente *normalizados* em dois curtíssimos períodos: entre julho de 1934 e novembro de 1935; e entre julho e setembro de 1937 (MARQUES 2011, p. 30).

Não foi, porém, sem resistência que o ímpeto autoritário suplantou o ideário liberal conservador. Vale recordar que o levante armado dos paulistas em 1932 buscava restabelecer as bases liberais – que a Revolução de 1930 supostamente prometera instituir – sob uma nova constituição (SOBRINHO 2001, p. 36). Apesar de derrotada, a revolta paulista conseguiu impor ao Governo Provisório o objetivo político que a inspirou. Foi desse modo que Vargas foi impelido a convocar uma Assembleia Nacional que em 1934 promulgou uma nova Constituição, a qual devolvia ao poder Legislativo a preeminência política tomada à força pelo Executivo:

“O fruto da Constituinte, a Carta de 1934, deixou de absorver muitas das linhas do anteprojeto que lhe fora submetido, Esse era, na verdade, revolucionário. Como já foi dito, “as influências da República Velha, as repercussões do movimento revolucionário paulista e a desconfiança pelos constituintes do Executivo, fizeram-se valer.

A ideia era conter o Executivo. Isto, como a história demonstrou, não evitou em 1937.” (POLETTI 2001, p. 44)

Esse breve hiato de *normalidade* foi encerrado em 10 de novembro de 1937, quando a Revolução de 1930 efetivamente se operou por meio da outorga de uma nova Constituição. É somente então que o sistema do Estado brasileiro passa a abarcar constitucionalmente a expressão política do Estado Novo, sobrepondo-se aos entraves e manobras dilatórias provocadas pela “*velha política, empenhada em deter a marcha triunfante do destino do país*” – segundo a opinião de CAMPOS (2001 A, p. 41).

¹³ Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930:

“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;”

Em meio às diferentes manifestações políticas do pensamento autoritário, é possível identificar um grupo de ideias elementares, capaz de representar os traços característicos essenciais da filosofia política do autoritarismo, que permeou o Estado brasileiro – com evidentes variações de grau – durante grande parte do século XX. Esse mínimo denominador comum ideológico tomou como diretrizes a “*concentração do poder político, a redução dos limites impostos ao governo*” – não raro em prejuízo dos direitos fundamentais – e a “*desvalorização da democracia representativa*” (L. A. BARBOSA 2009, p. 15).

Mesmo antes do Golpe Militar de 1964, já cresciam no país as raízes alastradas de uma persistente teoria política autoritária, que encontrou em Francisco Campos,¹⁴ desde meados da década de 1930, seu primeiro porta-voz oficial. CAMPOS (2001 B) era um acerbo crítico do poder Legislativo, a quem julgava incapaz de exercer sua tarefa legiferante em passo ritmado com as crescentes e complexas demandas de uma sociedade que sofria, então – não só no Brasil, mas em outras partes do mundo –, os abalos de um ainda recente processo de industrialização. Nesse sentido afirmava CAMPOS:

“As últimas conseqüências da revolução industrial criaram, porém, aos governos, novas e complexas funções, estendendo a área do seu controle de maneira a envolver na sua deliberação questões para cuja elucidação se exigem conhecimentos técnicos e especializados cada vez mais remotos ainda à compreensão das pessoas cultivadas. A densidade e a extensão da área de governo torna cada vez mais inacessíveis à opinião os problemas do governo” (CAMPOS 2001 B, p. 30).

Francisco Campos desferiu diversos ataques doutrinários¹⁵ contra o poder Legislativo, fundados na alegada inaptidão das câmaras legislativas para deliberar sobre assuntos técnicos, corriqueiros e imprescindíveis ao desenvolvimento de um Estado moderno. Sua intenção não era outra senão cancelar a concentração de poder político nas mãos do poder Executivo, que passaria a atuar de maneira independente do Legislativo.

A sobrevalorização da técnica como algo hermético e avesso ao conhecimento popular, em detrimento do debate político inerente aos parlamentos, representava, na

¹⁴ Foi jurista com grande influência desde os governos do Estado Novo até princípios da ditadura militar.

¹⁵ Exemplo desses ataques é o excerto abaixo transcrito:

“De resto, a incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido não só pela ciência política como pela experiência das instituições representativas, em quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar. Ora, a legislação é uma das funções essenciais do governo. Se o órgão incumbido de legislar se demitira da sua função, cumpria substituí-lo urgentemente por outro processo capaz e adequado de legislação. (2001 A, p. 47).”

mesma medida, uma depreciação da democracia representativa.¹⁶ Armado de tais argumentos o ideal autoritário justificou – tanto na Constituição de 1937 como durante o Regime Militar iniciado em 1964 – uma progressiva delegação do poder Legislativo ao Executivo. Principalmente por meio da edição de decretos-lei pelo presidente República é que se fazia sentir a redução de limites à atuação do Executivo. O emprego desse expediente legislativo excepcional era considerado por Themístocles Brandão CAVALCANTI (2001, p. 12) – doutrinador que participou da redação do projeto da Constituição de 1967, juntamente com Orozimbo Nonato, Levi Carneiro e Seabra Fagundes¹⁷ (VIANA FILHO 1975, p. 452) – como um dos principais instrumentos de fortalecimento do Executivo, elevado ao status de poder preeminente da União.

Em que pesem tantas investidas dos teóricos do autoritarismo contra a democracia representativa, o regime político então idealizado não seria menos democrático – na concepção dos mencionados juristas. Ao contrário, justamente por livrarem o Estado moderno da primazia de uma instituição anacrônica e impeditiva do progresso nacional, os próceres do autoritarismo acreditavam encarnar em si mesmos, por meio da atuação estatal positiva, todos os anseios do povo:

“O problema constitucional não era mais o de definir negativamente a esfera da liberdade individual, mas organizar o poder ao serviço dos novos ideais da vida; não era mais o caso de definir, de modo puramente negativo, os direitos do indivíduo, mas atribuir aos indivíduos os direitos positivos por força dos quais se lhes tornassem acessíveis os bens de uma civilização essencialmente técnica de uma cultura cada vez mais extensa e voltada para o problema da melhoria material e moral do homem

(...)

O princípio da liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança. Só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura.” (CAMPOS 2001 A, pp. 57-59)

Reduzida a importância de outros agentes políticos, restava ao presidente da República o contato direto com o povo, não lhe sendo possível, conforme CAMPOS (2001 A, p. 60), “*descarregar sobre outros órgãos do poder as graves responsabilidades que a Constituição lhe dá, em consequência dos poderes e prerrogativas que lhe são atribuídos*”.

Mais de sete anos ininterruptos de governo ditatorial, afora as perturbações políticas trazidas da II Guerra Mundial, contudo, desgastaram o Estado Novo. Ao

¹⁶ “A legislação perdeu seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico.” (CAMPOS 2001 A, p. 54)

¹⁷ Seabra Fagundes, no entanto, deixou a Comissão de Redação do anteprojeto de Constituição antes do encerramento de seus trabalhos, em razão de desentendimentos políticos sobre a realização de uma assembleia constituinte pelo Congresso Nacional (L. A. BARBOSA 2009, p. 84).

presentir os anseios pela reabertura política, Getúlio Vargas propôs-se a editar a Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, por meio da qual aprovava regras para a realização de eleições do próximo presidente da República, dos governadores dos Estados, dos representantes das Assembleias Legislativas, além de permitir a reforma da Constituição pelos deputados eleitos. Era sua última cartada em busca de respaldar seu mando na legitimidade de um processo eleitoral (PORTO 2001, pp. 23-24).

Durante o ano de 1945, a sociedade dividiu-se entre os que apoiavam a transição democrática sob o comando de Getúlio Vargas, e aqueles que defendiam o afastamento imediato dos governantes então respaldados pela Carta de 1937, de forma a conferir legitimidade à elaboração de uma nova Constituição. Dentre os defensores desta última via estavam os professores de direito da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, em cujo parecer¹⁸ (FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO 2001) atribuíam o poder constitucional ao povo e alçavam a rígida divisão de poderes ao patamar de requisito essencial à redemocratização.

O ataque à Lei Constitucional nº 9, sustentado pelos pareceristas cariocas, fundamentou a posterior deposição de Getúlio Vargas e antecipou as linhas mestras da elaboração da nova Constituição:

“Está neste caso o chamado Ato Adicional (Lei Constitucional nº 9), a que não poderíamos dar maior alcance que o de uma norma de fato, aceita como instrumento político para operar a transição do regime ditatorial para o democrático.

Essa função, porém, ele não preenche satisfatoriamente, pois não libera do Poder Executivo os membros da magistratura e do Parlamento, e não retira a total insegurança em que envolve os cidadãos e as instituições, a abusiva extensão dada ao estado de guerra. (...)

É claro, entretanto, que se faz mister o afastamento do chefe do Estado e dos chefes dos governos locais e a sua substituição pelo presidente do Supremo Tribunal Federal e pelos chefes das magistraturas locais enquanto se processa a preparação eleitoral, até que sejam empossados os novos mandatários do povo, pois de outro modo as leis constitucionais, plasmando cada dia a fisionomia do Estado, não assegurariam as condições de estabilidade indispensáveis à transição para a democracia.” (FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO 2001)

Apeado do poder, Getúlio Vargas foi substituído pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro José Linhares. Convocaram-se eleições gerais para a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a qual deu à luz em 18 de setembro de 1946 uma nova Constituição democrática. Nela Aliomar BALEEIRO (2001, p. 16) via semelhanças com a Constituição de 1891 quanto às estruturas e linhas

¹⁸ O Parecer subscrito pelos professores da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro contém referências ideológicas à Sieyès e à Revolução Francesa de 1789 (FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO 2001).

gerais, mas sem a rigidez presidencialista desta. Já Barbosa Lima SOBRINHO (2001, p. 33) reconhecia que a “*Constituição de 1946 era tão parecida com a de 1934 que se podia ter a impressão de um decalque*”.¹⁹

Sobre a semelhança entre os textos de 1934 e 1946, SOBRINHO (2001, p. 33) afirmava que era fruto da coincidência de fatores políticos existentes no momento das respectivas elaborações constitucionais. Em ambos os contextos históricos, o mencionado autor apontava fervilhar o pensamento de reação contrária a recentes exageros do poder Executivo – como se verá adiante, esse movimento de resgate das bases liberais do poder político será novamente visitado na redemocratização seguida ao Regime Militar, que resultou na elaboração da Constituição de 1988:

“O que mais que tudo contribuiu, para a aproximação dos textos, foi a coincidência dos fatores políticos, que inspiraram a elaboração constitucional, orientada, nos dois momentos, pelo pensamento de uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Velha, ou contra as tendências ditatoriais, que modelaram a Carta de 1937. Foi o mesmo surto de espírito democrático, que nos deu as duas Constituições, impondo os preceitos, que a técnica jurídica do momento recomendava, para a correção dos males, que eram levados para a conta de demasias do Poder Executivo.” (SOBRINHO 2001, p. 33)

Evidência do temor sentido pelos constituintes de 1934²⁰ e de 1946²¹ em relação à dominação do Executivo sobre os demais poderes é a expressa vedação constitucional a que estes pudessem delegar reciprocamente suas atribuições. O objetivo dessa disposição era impedir a existência de qualquer zona cinzenta entre os matizes que coloreem os atos típicos do Legislativo e do Executivo. Não somente deveriam ser impedidos os regulamentos administrativos que extrapolassem a dicção das leis, mas também ficavam proscritos os decretos-leis de que habitualmente se valiam o Governo Provisório e o Estado Novo – ambos comandados por Getúlio Vargas.

As estreitas rédeas com que as constituições liberais – a exemplo da Constituição de 1946 – procuraram enlaçar o poder Executivo foram objeto de

¹⁹ Em verdade, o ponto de encontro entre as Constituições de 1891, 1934 e 1946 estava no inequívoco predomínio dos postulados liberais clássicos na conformação dos poderes políticos do Estado brasileiro. Tais postulados eram representados pela severa divisão de poderes – com teórica supremacia do Legislativo sobre o Executivo – e pelo sufrágio para escolha de representantes do povo.

²⁰ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934:

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

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

§ 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.”

²¹ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946:

“Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

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

controvérsias apaixonadas entre juristas brasileiros durante as décadas de 1950 e 60. Se, de um lado, uniam-se em defesa da corrente liberal doutrinadores celebrados como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Seabra Fagundes e José Cretella Jr. – herdeiros da tradição publicista do Império; de outro, arregimentavam-se juristas de porte contra o modelo clássico de separação de poderes, como Carlos Medeiros Silva, Themístocles Brandão Cavalcanti e Victor Nunes Leal.²²

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entendia a relação entre lei e regulamento sob uma ótica puramente juspositivista, devendo respeito aos textos constitucionais, à lei regulamentada e à legislação em geral. Segundo ele, o regulamento “*não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei*” (O. A. MELLO 1968, p. 319). Na mesma trilha seguia a compreensão de Seabra Fagundes sobre o regulamento administrativo:

“Prende-se em essência ao texto legal. O seu objetivo é tão-somente, facilitar, pela especificação do processo executório e pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo Tanto que seu âmbito será menor ou maior, conforme menos ou mais minudente seja a lei à qual se prenda.” (FAGUNDES 1967, p. 35)

Tanto quanto os demais, Cretella Jr. aplicava ao direito administrativo uma interpretação pautada exclusivamente pelo direito positivo, pela qual todos os atos administrativos regulamentares deveriam obedecer a regras gerais preestabelecidas pela lei. Ensinava esse professor das Arcadas que “*constitui o princípio da legalidade uma limitação do poder administrativo, sendo, sob esse aspecto, um princípio liberal, um elemento de liberalismo no regime administrativo*” (CRETELLA JR. 1966, pp. 17-18).

Bastante diferente era a visão de Carlos Medeiros SILVA (1950)²³ sobre esse mesmo tema, ainda no governo de Eurico Gaspar Dutra. Já nesse tempo despontava em Silva sua veia crítica ao modelo liberal de separação de poderes, ao destacar a controvérsia em torno da extensão do poder regulamentar. Sobre essa polêmica, afirmava que os limites do poder regulamentar variavam tanto “*no tempo e no espaço*”, como “*de acordo com a fonte que edita o texto*” – o que bem se nota do percurso das ideias traçado até aqui.

²² Como será visto mais adiante, Victor Nunes Leal, ainda que crítico ao liberalismo, distingue-se de Carlos Medeiros Silva e Themístocles Brandão Cavalcanti por ter utilizado marco teórico de inspiração marxista em sua análise sobre a separação de poderes.

²³ Em 1950, Carlos Medeiros Silva ocupava o cargo de Consultor Jurídico do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) e de Diretor da Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas.

De forma a provar o argumento de que cabem aos regulamentos mais atribuições do que lhes conferem os adeptos da clássica teoria da separação dos poderes, SILVA (1950) lançou mão de um exemplo concreto. Citou o caso da Lei nº 154, de 25 de novembro de 1947, a qual alterou dispositivos relativos ao imposto de renda. Mesmo sendo matéria tributária, tradicionalmente reservada à competência do poder Legislativo, recebeu do Poder Executivo pormenorizada regulamentação ao longo de 206 artigos constantes do Decreto nº 24.239, de 22 de dezembro de 1947. Em meio a tantos dispositivos regulamentares havia não somente detalhamento e execução da lei, mas também interpretação e verdadeira criação de direito, *“máxime para preenchimento de lacunas que a ordem jurídica em seu conjunto não tolera, assim como, noutra plano, se diz que a natureza tem horror ao vácuo”* (SILVA 1950).

Para SILVA (1950), tanto a competência legislativa quanto a regulamentar se exerciam paralelamente, uma vez que ambas possuíam fundamento constitucional. Defendia que a atividade regulamentar se dava por atribuição própria, e não necessariamente derivada de lei:

“Ainda que o regulamento em regra pressuponha uma lei anterior à qual se acha vinculado, expressamente, a doutrina reconhece que pode ocorrer o contrário. Mesmo sem lei anterior e ante a inércia do Legislativo, o poder regulamentar se pode exercer, quando interêsse relevante, cuja tutela cabe ao Executivo prover, o reclame. (...)

Êstes chamados regulamentos sem lei, mostram que na prática é quase impossível discriminar-se campos de competência privativa do Legislativo e do Executivo.” (SILVA 1950)

Ao contrário do que ocorre no regime parlamentarista, em que o poder Executivo é posto em plano inferior ao Legislativo, dado que recebe deste último a sua investidura por meio de eleição indireta, SILVA (1950) entendia que o regime presidencialista pressupunha a paridade entre todos os poderes. Principalmente porque neste último regime o presidente recebe sua investidura diretamente do povo e se subordina apenas às regras constitucionais – argumentava o jurista.

Uma vez que não deve haver subordinação do Executivo no regime presidencialista brasileiro, SILVA (1950) considerava inadequada a invocação pura e simples da doutrina elaborada em países de regime parlamentar, como corriqueiramente entendia acontecer no Brasil. Preferiu observar a doutrina francesa, fazendo referência às obras de Hauriou, Cahen, Moreau, Esmein, Romieu e Carré de Malberg, para quem o poder regulamentar consubstanciava um poder político igual aos outros, vez que derivado da mesma fonte: a constituição.

É importante observar que a tese então esposada por SILVA (1950) não procurava, em rumo inverso aos liberais, sobrepor o Executivo ao poder Legislativo. Não se tratava de promover o autoritarismo,²⁴ mas de devolver ao poder Executivo suas atribuições vocacionais. Tudo sem prejuízo do respeito às leis vigentes, cujos comandos anteriormente editados os regulamentos não poderiam validamente contrariar. Advertia, contudo, que a inapetência habitual do Legislativo não poderia atar as mãos do poder regulamentar:

“Na prática, entretanto, ocorre freqüentemente que a lei é omissa sobre aspectos capitais de sua execução. Ora deixa de declinar elementos indispensáveis ou de prover meios adequados aos órgãos incumbidos de aplicá-la; ora silencia quanto à extensão, no tempo e no espaço, de seus beneficiários. Se, verificada a omissão, ante o contacto com a realidade, o Legislativo não cuida desde logo de preencher a lacuna, fica aberto ao Executivo campo livre para solver o impasse, usando do poder regulamentar, ou ao Judiciário criando a norma como se fôsse legislador. Não haverá, neste caso, invasão de atribuição, nem usurpação de competência. Sendo omissa o Legislativo, os demais órgãos do Estado, incumbidos de aplicar a lei, usam de uma competência própria, inerente à sua função, quando incumbidos da aplicação da lei preenchem o vazio com atos por eles expedidos. Não devem permanecer inertes e deixar que o mal fique sem remédio. A constituição dotou-os de prerrogativas tão altas como as do Legislativo e a eles cabe, igualmente, prover o bem público.” (SILVA 1950)

Poucos anos mais tarde, já exercendo o cargo de Consultor-Geral da República no governo eleito de Getúlio Vargas e incomodado com as adversidades políticas e jurídicas por que passava a atuação do poder Executivo, SILVA (1953) conclamou os juristas nacionais a revisarem o conceito de poder regulamentar, de forma a ampliá-lo. Denunciando os crescentes embates judiciais entre as esferas de atuação do regulamento e das leis, apontou dois caminhos para o apaziguamento institucional: a sedimentação doutrinária da tese da não subordinação do Executivo ao Legislativo ou a revisão constitucional da relação entre os dois poderes. De todo modo, não deixou de notar que em tais disputas judiciais o fiel da balança pendia em favor do Executivo, visto que o Supremo Tribunal Federal – STF então acabara de admitir a delegação legislativa, via

²⁴ Embora essa afirmação não constitua uma verdade aplicável a todo o curso de sua carreira, ao menos em seus escritos do início da década 1950, Carlos Medeiros Silva não demonstrava traços de autoritarismo, como demonstra o excerto abaixo:

“31. O objetivo desta palestra é convocar os nossos juristas a uma revisão do conceito de poder regulamentar, de forma a ampliá-lo convenientemente, ou então, o que seria a melhor técnica, a advogar a revisão do texto constitucional para permitir as delegações legislativas.
32. Caso contrário, premido pela realidade, o Executivo terá de enfrentar os problemas emergentes com os fracos recursos que possui, ou invadir a esfera privativa do legislativo, ensejando conflitos que só o Judiciário poderá estancar.
33. Esta solução, entretanto, não condiz com os interesses do País e dará margem a abalos e estremecimentos na ordem jurídica, cuja integridade, nós juristas, temos o sagrado dever de resguardar e preservar.” (SILVA 1953)

regulamento administrativo, nos casos de tabelamento de preços.²⁵ Indo mais além, destacou que o STF chegou a afirmar que a lei expressamente dependente de regulamentação não seria exigível antes da necessária complementação pelo Poder Executivo²⁶ (SILVA 1953).

O desencantamento com a concepção liberal da divisão de poderes foi compartilhada por outros juristas contemporâneos a Carlos Medeiros Silva. Também na década de 1950, Themístocles Brandão Cavalcanti se posicionava em favor da reformulação do regime político então vigente, de modo a eliminar a hipertrofia de qualquer dos poderes por meio de um ajustamento mais sábio e eficaz de suas relações recíprocas. A proibição constitucional da delegação de poderes legislativos ao Executivo era para esse doutrinador a “*negação de uma realidade*”, a qual cada vez mais exigia do Estado intervenção em todos os setores da economia. Favorável a uma maior delegação de poder normativo ao Executivo, a quem julgava tecnicamente mais capaz para tratar as crescentes demandas sociais, CAVALCANTI (1955, p. 12) defendia, em contrapartida, o aumento do controle político, administrativo e econômico dos atos praticados mediante delegação:

“O drama do Estado Moderno é o fato indiscutível e irremediável do crescimento progressivo do poder econômico e administrativo, crescimento que favorece o poder executivo.

Não se lhe podendo negar os meios de exercer esse poder que se desenvolve através da multiplicação dos seus organismos novos, é preciso encontrar os meios de controle político, de controle econômico, de controle jurídico, de controle administrativo.

Essa tarefa cabe aos dois outros poderes, por meio de processos novos e adequados – aperfeiçoando tecnicamente o Poder Judiciário, criando nas Câmaras instrumentos novos de controle político, econômico e administrativo, sujeitando as nomeações das entidades econômicas, de qualquer tipo, à apreciação de outro poder.” (CAVALCANTI 1955, p. 19)

²⁵ Trata-se do paradigmático recurso extraordinário nº 18170, julgado pelo STF em 06 de abril de 1954, em que se reconheceu a competência de órgão do poder Executivo para tabelar preços de mercadorias:

“Tabelamento de gêneros alimentícios ou de primeira necessidade; impedimento de lucros exagerados sobre sua venda: (dec. Lei 9.125 de 4 de abril de 1946). Tem a autoridade arbitrio legal para impedir preços extorsivos a bolsa do povo. (RE 18170, relator(a): min. Edgard Costa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Afrânio Costa - convocado, Segunda Turma, julgado em 06/04/1951, DJ 28-06-1951 pp-05785 EMENT VOL-00044-01 pp-00269)”

²⁶ Cuida-se do mandado de segurança nº 1275, julgado em 27 de setembro de 1950, pelo qual se firmou jurisprudência de que lei sujeita à regulamentação depende da edição desta última para ganhar plena eficácia:

“Aproveitamento de funcionário em cargos de melhor acesso no serviço a que pertença; oportunidade e atenção ao direito de terceiros; lei sujeita a regulamentação; inexistência de situação jurídica certa e incontestável, descabendo a concessão de medida de segurança. (MS 1275, relator(a): Min. Edgard costa, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/1950, DJ 30-11-1950 pp-10843 EMENT VOL-00022-01 pp-00027)”

Victor Nunes LEAL²⁷ (1955) foi outro publicista a engrossar as fileiras dos críticos ao modelo liberal de composição do Estado. Diferentemente dos demais, esse autor pretendeu revisitar as bases da formação do Estado liberal no século XVIII sob um enfoque marxista, inspirado na obra do teórico político Harold Laski.²⁸ Empreendeu, nesses termos, um estudo sobre o contexto político e sociológico da formulação da teoria da separação dos poderes por Montesquieu e do uso que dela fizeram as revoluções liberais.

Para LEAL (1955, p. 97), o ideário liberal poderia ser resumido em dois pontos: o pertencimento do poder constituinte ao povo e a proclamação dos direitos naturais do homem e do cidadão. Dentre os direitos naturais, o mencionado jurista confere especial destaque aos direitos de propriedade e à liberdade econômica, os quais julgava serem os mais caros aos líderes burgueses da Revolução Francesa de 1789. Tão apreciados que sua defesa deveria consistir no objetivo único do Estado, conforme preconizava o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, daquele mesmo ano: “*Art. 2º O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”.

A concretização do exclusivo objetivo de garantir a fruição dos direitos naturais proclamados necessitava do estabelecimento de uma nova forma de organização política do Estado, a qual buscou nítida inspiração na doutrina da separação dos poderes. Ao examinar a obra de Montesquieu,²⁹ o grande sistematizador dessa doutrina, LEAL (1955, pp. 100-104) constatou que a argumentação deste era menos apegada à lógica

²⁷ Nunes LEAL (1980) considerava que a crítica ao liberalismo compreendia um processo político e social resultante da constatação da ineficiência do Estado em prontamente solucionar problemas sociais e econômicos surgidos no início do século XX. Segundo esse autor, em análise feita no período final da ditadura militar, tal crítica:

“provinha, simultaneamente, da direita e da esquerda, entre nós, foi a direita que dela fez mais amplo e demorado uso, como se vê, no nível mais alto dessa pregação doutrinária, na apologia de Francisco Campos ao Estado Novo (O Estado Nacional, 3 ed., 1941). E a essa crítica ao liberalismo se mantém fiel, mesmo no desenrolar da presente abertura política, o centralismo tecnocrático-militar que nos dirige, e que ora se acha em fase promissora de aparente reconciliação com os organismos da sociedade civil, os partidos políticos e as fontes democráticas de poder. (LEAL 1980)”

²⁸ Harold Laski foi um teórico político inglês de orientação marxista e ligado ao partido trabalhista.

²⁹ Ao estudar os diferentes fundamentos da separação de poderes, CASTRO (2005) explica que Montesquieu pôs “*o peso de sua argumentação, não sobre a consciência ética do bem que se torna o fundamento da ordem (como em Locke), mas sim sobre o papel das instituições (...)*”. De acordo com Castro, Montesquieu evidenciava a função institucional da autolimitação da autoridade, de forma a que fosse evitado o abuso de poder. No arranjo institucional idealizado por Montesquieu, baseado na descrição do modelo político inglês – continua Castro –, não existiria supremacia do poder legislativo, mas um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, capaz de propiciar ao indivíduo o gozo da liberdade política.

que dedicada ao alcance de uma finalidade específica. Ao contrário de Locke,³⁰ cuja teoria da divisão de poderes resultava no reconhecimento da supremacia do Poder Legislativo, Montesquieu procurou unir dois elos aparentemente inconciliáveis.³¹ a teoria da *separação de poderes* e a premissa do *equilíbrio de poderes*. Segundo LEAL, ao sistematizar a teoria o objetivo de Montesquieu não foi outro senão o de auxiliar a crescente burguesia a construir um Estado *dividido, peado e vagaroso*, cuidadosamente idealizado para congelar o *status quo* que esta viesse a conquistar.

Não teria sido sem motivação, portanto, a redação dada pelos revolucionários liberais ao art. 16 da Declaração de Direitos, de 1789, a qual certificava que “*toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação de Poderes é determinada, não possui Constituição alguma*”. Intuíam-se que o sistema de freios e contrapesos, em que o poder contém o poder, conduziria fatalmente a impasses políticos sempre que inexistente consenso entre os diversos grupos de interesses da burguesia.³²

Na visão de Leal, o liberalismo político se prestava a assegurar os direitos naturais recém-conquistados pela burguesia, tanto contra os ataques do despotismo monárquico como em defesa a uma possível escalada de reivindicações populares:

“Não poderia haver, portanto, um estado mais bem estruturado para servir aos interesses da burguesia naquela fase histórica que o estado liberal, com poderes divididos, segundo o sistema de freios e contrapesos, Montesquieu foi, sem dúvida, o grande construtor do liberalismo político, porque ele soube descrever essa forma de estado de maneira magistral.

Aí está, portanto, o verdadeiro sentido sociológico da divisão de poderes. Era um sistema concebido menos para impedir usurpações do executivo que para

³⁰ Ao tratar de Locke, CASTRO (2005) expõe que, para esse filósofo, “*a solução institucional da ‘separação de poderes’, em essência, traduz a ideia mais radical da necessidade de que os governos expressem e preservem a vontade autônoma dos indivíduos divinamente inspirada, que é considerada como meio de aquisição da consciência do bem comum, de caráter ético.*”. Para Locke – recorda Castro – a separação de poderes “*representa um movimento no sentido de vincular a política a regras institucionais*”, identificando o poder de legislar à capacidade de “*expressar a consciência do bem comum adquirida pelos indivíduos*”, diferentemente do poder executivo, associado ao uso da força, incapaz de expressar a consciência ética do bem comum, e, por isso, subalterno ao legislativo.

³¹ LEAL (1955, p. 102) entende serem tais premissas incoerentes entre si porque a *separação de poderes* necessariamente levaria à preeminência do poder Legislativo, uma vez que a elaboração das leis seria função inegavelmente mais importante que a simples tarefa de executá-las. Dessa forma, seria aparentemente ilógico pretender que os poderes sejam equilibrados, se a divisão rígida entre eles confere maior influência ao Legislativo.

³² CASTRO (2005) tem diferente compreensão das ideias de Montesquieu, para quem a separação de poderes representava, “*não a paralisia institucional, mas sim uma peculiar dinâmica do processo político, em que permanece inviável o uso instrumental do poder a serviço de qualquer concepção concreta de ordem (...)*”. Nas próprias palavras de Montesquieu, essa interpretação sobressai clara:

“Os três poderes deverão cair em repouso ou em inação. Mas, como pelo movimento necessário das coisas eles serão constringidos a se mover, eles serão forçados a se mover de maneira concertada.” (MONTESQUIEU 1834, p. 268) [tradução livre]

obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça).” (LEAL 1955, p. 108)

Ainda de acordo com LEAL (1955, pp. 111-112), essa conformação débil e omissa do Estado, ao longo das décadas e premida pelo desenvolvimento capitalista, passou a ser cada vez menos adequada a servir os diversos, e por vezes conflitantes, interesses do mercado. O Estado – continuava Leal – era constantemente chamado a arbitrar conflitos de interesse entre grupos econômicos, o que exigia dele o exercício ágil e coordenado de seus poderes; da mesma forma, o Estado passava a ser chamado a intervir na vida social e econômica do povo para atender, na medida do possível, às reivindicações das classes trabalhadoras. Ao narrar tal cenário, Leal fazia a defesa da coordenação da ação estatal nas mãos do Executivo, por meio das “*delegações legislativas e da atribuição de funções normativas e jurisdicionais a certos órgãos da administração*”. Por essas razões é que esse jurista considerava a teoria da divisão de poderes uma “*construção doutrinária superada*”.³³

A contundente crítica ao modelo liberal e o decorrente libelo em favor de maior agilidade e eficiência da atuação estatal não obscureceram a preocupação de LEAL (1955, pp. 112-113) com a segurança das liberdades conquistadas pelas revoluções burguesas. Ao contrário, reconhecia que a garantia das liberdades individuais era uma conquista da humanidade, cuja preservação seria dever das gerações futuras. Para Leal, esses vindouros juristas e cientistas políticos enfrentariam, contudo, um grande desafio: o de imprimir a eficiência e a unidade de ação ao Estado, ao mesmo tempo em que fossem conservados direitos individuais do homem e do cidadão.

Deixando escapar um certo temor – que uma década mais tarde se mostraria fundado – pelo futuro que então se aproximava, Leal antevia que conflitos político-ideológicos³⁴ pudessem pôr em risco as liberdades individuais já constitucionalmente afirmadas. Assim Leal encerra seu estudo crítico sobre a separação de poderes:

“É possível, entretanto, que essa organização do povo não seja viável senão depois que, no mundo contemporâneo, certas mudanças sejam feitas no sentido de eliminar os principais motivos de atrito, que presentemente dividem a sociedade em dois grandes campos hostis, tão hostis que um deseja a liquidação do outro. Se a sociedade moderna não for alterada em algum dos seus traços fundamentais, a ponto de atenuar esse conflito mortal, talvez seja impossível descobrir-se uma nova técnica de proteção das liberdades

³³ Anos mais tarde, em fins da ditadura militar, LEAL (1980) manteve sua crítica ao *liberalismo*, mas considerou haver algum exagero na afirmação da superação deste.

³⁴ Ao mencionar a existência de “dois campos hostis”, Victor Nunes LEAL (1955, p. 112) se referia aos conflitos entre a burguesia, que chamava de “os donos da economia”, e as classes populares, cujas reivindicações esse autor via crescerem.

humanas, e então só nos estará reservado um período, que ninguém sabe quanto tempo durará, de colapso dos direitos individuais.

Êste é, portanto, o grande desafio que o nosso tempo lança aos homens de estudo e de ação: o desafio à sua capacidade de organizar adequadamente a felicidade humana.” (LEAL 1955, p. 113)

De fato, a tensão entre os polos extremados do espectro político não tardou a produzir efeitos sobre o Estado brasileiro. O curioso é que o golpe que elevou os militares ao comando do governo brasileiro fez largo emprego de alguns dos juristas que antes defendiam a reforma do estado liberal. Carlos Medeiros Silva foi chamado por Francisco Campos a colaborar com a redação do ato – dito “revolucionário” – que viria a instaurar a nova ordem institucional (GASPARI 2002, pp. 123-124): o Ato Institucional de 9 de abril de 1964 – mais conhecido como Ato Institucional nº 1.³⁵ Ao invés de reformas constitucionais ou evoluções doutrinárias que defendia uma década atrás, Silva patrocinou a redação que deu forma jurídica às intervenções autoritárias da Junta Militar sobre a Constituição de 1946.³⁶

Além de Silva, outro contundente crítico do Estado liberal aderiu ao grupo dos juristas do Regime Militar. Como já mencionado anteriormente, Themístocles Brandão Cavalcanti participou da comissão que elaborou os anteprojetos das Constituições de 1967 e 1969, tendo sido naquele primeiro ano nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal pelo presidente Costa e Silva (L. A. BARBOSA 2009).

Fugindo ao exemplo de seus colegas, e demonstrando que a crítica do modelo liberal não deve ser necessariamente associada ao autoritarismo, Victor Nunes Leal repudiou a defesa da Ditadura Militar. Em consequência, foi compulsoriamente aposentado do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, que ocupava desde 1960, por meio de decreto presidencial não numerado, datado de 16 de janeiro de 1969

³⁵ De acordo com L. A. BARBOSA (2009, p. 42), o Ato Institucional de 9 de abril de 1964 – que não foi numerado, ao contrário dos atos institucionais seguintes – consubstanciou o momento de ruptura constitucional em relação à Constituição de 1946, dando início ao período do Regime Militar. Ao comentar o preâmbulo desse Ato Institucional, o mesmo autor observa que os Comandantes em Chefe do Exército, Marinha e Aeronáutica, subscritores do documento, intitulavam-se “Comando Supremo da Revolução” e proclamavam a vitória da “revolução”, alegadamente apoiada pela “Nação”. Nesse contexto, o “Comando Revolucionário” passava a representar o “Povo”, exercendo em nome desse mesmo “Povo” o poder constitucional do qual então se investiam – na percepção dos vencedores, o “Povo” e os “Revolucionários” estavam inteiramente identificados entre si, denotando o autoritarismo desse golpe militar.

³⁶ No testemunho de Luís VIANA FILHO (1975, p. 452) – que participou das discussões em torno do projeto da Constituição de 1967 – sobre esse momento de ruptura constitucional, Carlos Medeiros Silva teria manifestado que *o liberalismo, a harmonia dos Poderes e outros preceitos constitucionais, nas suas expressões clássicas, estariam superados, e não evitariam as crises políticas e sociais do país*. Embora antiliberal e coautor do Ato Institucional nº 1, Silva é descrito pelo citado autor como possuidor de um posicionamento ambíguo, pois – segundo o depoimento de Viana Filho – teria manifestado pudores contra a instauração de um regime autoritário, havendo declarado que se inclinava em direção ao estabelecimento de um *governo forte, embora não ditatorial*.

(PAULA 2003). Não é demais advertir, portanto, que *“o pensamento autoritário é, mais que antiliberal, anticonstitucional, e não apenas contrário à concepção liberal de constituição”* (L. A. BARBOSA 2009).³⁷

Como reação natural ao levante da corrente jurídica defensora da legitimação do regime autoritário, repetiu-se a fórmula anteriormente identificada por Barbosa Lima SOBRINHO (2001, p. 33): os excessos do poder Executivo dão natural ensejo a reações democráticas de inspiração liberal. Entre os juristas refratários ao Golpe Militar – ou ao menos politicamente indiferentes a ele – cresceu ao longo das décadas marcadas pela ditadura o apoio ao resgate dos fundamentos básicos do Estado liberal. A crítica reformista dos anos 1950 às imperfeições e vacilações do relacionamento entre os poderes estatais cedeu lugar a uma nova idealização das virtudes ora inquestionáveis do máximo tolhimento das atribuições do poder Executivo. Era o retorno às origens liberais do constitucionalismo brasileiro que então ganhava força.

A escola dos administrativistas liberais da década de 1950 – na qual se inserem Oswaldo Bandeira de Mello, Seabra Fagundes e Cretella Jr. – rendeu frutos para o decênio seguinte. Uma nova geração de publicistas ganhava corpo e sentava raízes na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.³⁸ Encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹ e Geraldo Ataliba, a “Geração de 60” influenciou fortemente o pensamento dos juristas brasileiros sobre o direito administrativo a partir da década de 1970:

“É a “Geração de 60”, que cresce sob o Estado populista e a Constituição de 1946, sofre o trauma do Golpe de 1964, convive duas décadas com o autoritarismo militar, já está madura quando da redemocratização e da Constituinte no final dos anos 80, e ainda testemunhará a “Reforma do Estado” dos anos 90. (SUNDFELD 2004)”

Muitos dos principais doutrinadores hoje em atuação foram formados por essa dupla, a exemplo de Celso Bastos, Michel Temer, Carlos Ayres Britto, Adilson Abreu Dallari, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini, Régis Fernandes de Oliveira, Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carraza e Weida Zacanner. Isso sem esquecer da estreita relação que C. A. Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba mantiveram

³⁷ Junto com Victor Nunes Leal, foram também aposentados compulsoriamente, na mesma data, os Ministros do STF Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

³⁸ Ainda que a PUC-SP fosse o centro dessa “Geração de 60”, convém anotar que outras universidades foram influenciadas pelos juristas puquianos, por meio do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA, que teve em Geraldo Ataliba um dos principais incentivadores de sua fundação (SUNDFELD 2004).

³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello é filho de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujos passos seguiu na cátedra de direito administrativo da PUC-SP.

com alguns publicistas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), como Eros Roberto Grau⁴⁰ e Maria Sylvia di Pietro (SUNDFELD 2004).

Mesclando a principiologia do liberalismo político ao postulado da neutralidade axiológica proposto pelo positivismo kelseniano, os juristas da “Geração de 60” – também chamados por SUNDFELD (2004) de “Turma de Perdizes” – lograram criticar o autoritarismo do Regime Militar sem se indispor com sua doutrina política:

“Fascinados com o ideal de ciência propiciada pela Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, os juristas da PUC/SP iriam esforçar-se no isolamento das questões jurídicas, que não deveriam ser confundidas com as questões políticas, econômicas ou sociais, sob pena de perda da identidade da ciência jurídica. Na visão do grupo, o jurista, enquanto tal, deveria limitar seu interesse ao mundo jurídico, entendido como conjunto de normas positivas, emanadas do próprio Estado.

(...)

Assim, a censura ao autoritarismo do regime militar adotaria, na Turma das Perdizes, a forma de defesa da ordem constitucional desse mesmo regime. (SUNDFELD 2004)”

Como aponta SUNDFELD (2004), *descobrir e denunciar inconstitucionalidades* era para a “Turma de Perdizes” o caminho ao mesmo tempo *viável, seguro e conveniente* de fazer oposição à ditadura militar. Tendo em vista que mesmo as Constituições de 1967 e de 1969 repetiam que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, os acadêmicos da PUC-SP puderam aliar o positivismo jurídico à defesa do Estado de direito à moda liberal.

É certo que o uso da técnica positivista de interpretação das normas jurídicas era já a esse tempo bastante difundido entre os juristas desvinculados do Regime Militar. A análise jurisprudencial da atuação de Victor Nunes Leal enquanto ministro do STF indica que seus votos jamais se afastaram do que se considerava a boa técnica interpretativa, de orientação dogmática.⁴¹ Não se pode esquecer que:

⁴⁰ Embora citado por SUNDFELD (2004) como tendo sido influenciado pela “Turma de Perdizes”, vale destacar que Eros Roberto Grau possui orientação marxista e desenvolveu teoria própria a respeito da extensão do poder regulamentar e sua relação com a teoria da separação de poderes. GRAU (2011, p. 176) entende que o poder Executivo detém uma “*função normativa*” própria e distinta da “*função legislativa*”. Segundo ele, a função normativa é definida em razão de matérias atribuídas de forma não exclusiva aos três poderes; de outro lado, a função legislativa é pautada pelo critério subjetivo, relacionada ao órgão que edita as leis. Mais precisamente, GRAU (2011, p. 180) entende como função normativa “*a de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos*”.

⁴¹ Ao empreender uma análise sobre a jurisprudência de Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima – todos aposentados compulsoriamente pelo Regime Militar em 1969 –, PAULA (2003) constata que o “viés libertário” do STF era de fato exercido mediante o “*apego legal*” e a “*sua intransigência no que tange ao escopo de ser a instituição defensora da Constituição e dos direitos fundamentais*”. Esse autor ainda anota que o teor jurisprudencial dos três ministros cassados não diferia substancialmente dos demais integrantes do STF, concluindo que o fator preponderante em prol da

“(...) num regime de exceção, que não aceita o dissenso, o contraditório, decidir com base na impessoalidade, seja quais forem as partes, respeitar a Constituição e proteger direitos civis e políticos dos cidadãos frente ao arbítrio do Estado, pode ser considerado, do ponto de vista dos detentores do poder, uma ameaça. Nessa perspectiva, a atuação de Victor Nunes no Supremo poderia ser considerada desinteressante ao governo militar. (CURI 2010, p. 396)

Assim como em outros momentos da história brasileira, também marcados pela oposição a um recente regime político autoritário, a associação entre a interpretação estrita do princípio da legalidade e a instituição de um Estado democrático de direito voltou à ordem do dia. A supremacia do poder Legislativo sobre o Executivo igualmente recobrou seu *status* de panaceia das liberdades individuais, alimentando a ideologia dos movimentos em favor da redemocratização, que acabaram por reproduzi-la na elaboração da Constituição de 1988.

Vale remarcar, nesse contexto, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais segundo os quais “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” e ao Executivo compete apenas “*expedir decretos e regulamentos para a sua [das leis] fiel execução*”:

“Ambos os preceptivos respondem com precisão capilar a objetivos fundamentais do Estado de Direito e exprimem com rigor o ideário e as preocupações que nele se substanciaram. Ambos firmam o chamado princípio da legalidade da administração, o qual, de resto, também está expressamente referido na cabeça do art. 37 da Lei Magna.

2. Com efeito, por meio das disposições mencionadas cumpre-se o projeto de outorgar às pessoas a garantia constitucional de que suas liberdades não serão de nenhum modo coartadas (nem por proibições nem por imposições) senão em decorrência de mandamento proveniente do corpo legislativo.” (C. A. MELLO 1995)

Seguindo o curso dessa linha de interpretação, C. A. Bandeira de Mello estatui a garantia da liberdade como regra, afirmando que, aos particulares, “*o que não está por lei proibido, está juridicamente permitido*”. No sentido contrário, esse mesmo autor erige ao patamar de “*cânone basilar*” do direito público brasileiro a máxima segundo a qual “*o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido*” (C. A. MELLO 1995). É assim que o celebrado administrativista da PUC-SP procura excluir o poder Executivo de qualquer atuação voltada à regulamentação da liberdade e da propriedade dos administrados.⁴²

aposentadoria compulsória de Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima foi mesmo o “*passado progressista*” desses ministros.

⁴² É interessante notar que mesmo autores como Hely Lopes MEIRELLES (1975), que participaram da sustentação jurídica do regime militar, aderiam formalmente, enquanto juristas ligados à academia, aos preceitos clássicos do estado liberal: separação de poderes e garantia de direitos individuais. A teoria

Em seu *Curso de Direito Administrativo*,⁴³ ecoando as lições da corrente liberal dos publicistas brasileiros, C. A. MELLO (2008, pp. 43-52) deixa bastante evidente onde buscou as bases ideológicas de seus ensinamentos. Para ele, foi o advento da submissão do Estado ao direito, ao regular a ação dos governantes em relação aos particulares, que inaugurou os direitos dos administrados. Nesse viés, o direito administrativo não teria sido criado para subjugar os interesses dos cidadãos às vontades do Estado. Ao contrário, esse ramo do direito fora engendrado para “*regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal*”.

Sob a ótica de C. A. Mello, em lugar da Administração, é o indivíduo que passa a ocupar o foco central da atenção do direito administrativo, que seria, “*por excelência, o Direito defensivo do cidadão*” contra o Estado:

“É, pois, sobretudo, filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder. (C. A. MELLO 2008, p. 47)”

Ao enfatizar a influência das ideias de Rousseau e Montesquieu sobre o direito administrativo, C. A. MELLO (2008, p. 49) automaticamente remete o leitor ao evento da Revolução Francesa, que considera ser um “*movimento histórico fundamental para as concepções vigentes a respeito de Estado no mundo civilizado*”. É na Revolução Francesa de 1789 que Celso Antônio enxerga o nascimento do projeto político de *juridicização* do Estado, pautado na proclamação da igualdade de todos os homens perante a lei:

“Não é difícil perceber que a supremacia da lei, tão cara à Revolução Francesa, tem sua raiz no princípio da igualdade. Há supremacia porque resulta da formulação da vontade geral, através dos seus representantes, e porque a lei propõe-se a ser geral e abstrata, precisamente para que todos os homens sejam tratados sem casuísmos, embargando-se, dessarte, perseguições e favoritismos. (C. A. MELLO 2008, p. 49)”

Nesse ponto, Celso Antônio estabelece uma associação entre duas ideias até então pouco explorada pelos administrativistas brasileiros das gerações anteriores: a *supremacia da lei* e a *manifestação da vontade geral da nação*. Sendo a lei expressão evidente da vontade geral da nação, segundo a concepção rousseauiana, apenas nela

aplicada à prática, todavia, era bem diferente. Sob o argumento da defesa da *segurança nacional*, MEIRELLES (1972) justifica a intromissão estatal na esfera privada dos cidadãos, mediante atuação exclusiva do poder Executivo.

⁴³ O *Curso de Direito Administrativo* de Celso Antônio Bandeira de Mello é ainda hoje uma das obras mais difundidas sobre o direito administrativo brasileiro, encontrando-se no, ano de 2011, em sua 28ª edição. É justamente a popularidade e a influência conquistada por esse autor na academia brasileira que justifica a ênfase deste Subcapítulo no aprofundamento de sua teoria.

residiria legitimidade democrática para regulação estatal sobre a vida privada dos cidadãos. Fora da lei, cunhada pelos representantes eleitos do povo, não existiria legitimidade para nenhuma outra norma jurídica.

Somando à influência de Rousseau a teoria da separação de poderes de Montesquieu, fica claro que C. A. Mello somente admite existir legitimidade democrática na atuação do poder Legislativo. Visto que ao Executivo não compete a elaboração de leis, em sentido formal, não lhe sobriaria qualquer espaço de criação ou modificação de direitos. Esse autor chega a afirmar que sua interpretação foi consagrada de modo explícito na Constituição de 1988:

“Efetivamente, diz o art. 1º, parágrafo único: ‘Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’. E diz o art. 5º, § 1º, que todos são iguais perante a lei (...). Neles, há princípios cardeais do pensamento de Rousseau, igualmente traduzido no sistema da democracia representativa. De outra parte, o art. 2º do texto constitucional diz que ‘são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.’ Encampa-se, assim, a proposta de Montesquieu. Do conseguinte, o texto constitucional brasileiro, do modo mais exposto possível, sagra essas concepções políticas, que se juridicizaram no Estado de Direito. (C. A. MELLO 2008, p. 49)

Esquece Celso Antônio que os mesmos dispositivos constitucionais mencionados – de 1988 – estavam igualmente presentes nas Constituições de 1967 e 1969, o que não evitou que o Estado, tanto por meio do Legislativo quanto do Executivo, elaborasse normas jurídicas distanciadas do que se suporia compreender a *vontade geral da nação*. Não obstante C. A. Mello procure respaldar sua interpretação do âmbito de ação das leis e dos regulamentos administrativos em argumentos de legitimidade democrática, é fácil evidenciar que sua análise persiste puramente dogmática e restrita ao exame dos textos normativos.

Tal constatação fica ainda mais perceptível quando Celso Antônio intenta conciliar sua concepção liberal da atuação do poder Executivo com a justificativa positivista para a frequente intervenção estatal em determinadas atividades econômicas. Para C. A. MELLO (1995, pp. 966-967), reproduzindo doutrina italiana,⁴⁴ existem certas relações entre poder público e administrados que são especiais em relação às demais. Nessas relações haveria liberdade administrativa muito mais ampla, em que a supremacia da administração seria a regra. Dessa maneira, existiriam determinados sujeitos que, “*por haverem travado com o poder público um vínculo específico, veem-se colhidos por mandamentos, por injunções peculiares, em suma, por uma disciplina de*

⁴⁴ C. A. MELLO (1995) cita a doutrina de Renato Alessi.

comportamentos só pertinente aos dessarte vinculados e que lhes é imponible pela própria administração”.

Dentre as atividades que estariam sujeitas a esse regime especial, Celso Antônio elenca as concessões de serviço público, as delegações de função pública, a disciplina dos servidores públicos. De modo geral, todas as atividades cujo desempenho depende de uma habilitação conferida pelo poder público acarretam a sujeição dos particulares habilitados ao falado regime especial. A única condição de legitimidade para a consecução de tal sujeição especial, suscitada por C. A. MELLO (1995, p. 967), seria a prévia existência de uma lei que atribuísse poderes a um órgão do poder Executivo para habilitar e disciplinar o exercício da atividade em xeque.

Outra incongruência das lições de Celso Antônio desponta do que chama de discricionariedade técnica atribuída ao poder Executivo. Uma vez que esse autor reputa *impossível, impraticável* ou *desarrazoado* pretender que as leis desçam a minúcias de cunho tecnicista, seria papel da administração pública restringir o âmbito de imprecisão resultante da inevitável generalidade e abstração legais. Aos regulamentos do poder Executivo caberia, então, limitar por meio de uma operacionalização técnica a discricionariedade advinda da dicção inespecífica da lei (C. A. MELLO 1995, p. 968).

Nessa lógica, após a edição de uma lei que atribuísse a um órgão do poder Executivo a missão de proteger a saúde pública, por exemplo, normas infralegais da administração estariam livres para discriminar quais produtos passariam a ser admitidos ou proibidos à comercialização. Mesmo num tal exemplo, de acordo com Celso Antônio, continuaria a ser do órgão técnico a responsabilidade de fazer cumprir fielmente a lei, em que pese o fato de ter elaborado regulamentações com conteúdo em flagrante inovação ao texto legal – este, sim, aprovado de acordo com a *vontade geral da nação*. Para os defensores da teoria da discricionariedade administrativa, a *“norma regulamentar não se propõe a agregar nada além do que já era comportado pela lei, mas simplesmente inserir caracteres de exatidão do que se achava difuso na embalagem legal”* (C. A. MELLO 1995, p. 969).

Assim, a tarefa de escolher o que há de concreto na vaguidão legal deixaria de repousar no campo da legitimidade dita democrática, visto que afastada do crivo dos representantes do povo, para recair na aridez técnica da burocracia do poder Executivo.

Ao justificar esse dado da realidade administrativa na incapacidade do poder Legislativo de acompanhar o acelerado ritmo dos avanços tecnológicos,⁴⁵ é inevitável recordar que também Francisco Campos⁴⁶ – hoje reconhecido como um dos ícones do autoritarismo brasileiro – fazia uso de argumento similar.⁴⁷

É precisamente o contraste entre sua defesa veemente do liberalismo político e seu reconhecimento positivista da liberdade administrativa do poder Executivo que chama atenção. Denota mais que uma incongruência doutrinária, revela a perda de uma oportunidade de discutir a relação democrática entre os poderes Legislativo e Executivo em uma sociedade complexa. Expõe a difícil superação, pelos juristas nacionais, do ciclo invencível que eterniza o retorno, de tempos em tempos, ao discurso liberal à moda do século XVIII, apesar da patente complexificação do entorno social e econômico que cerca o Estado.

Vê-se bem que os doutrinadores brasileiros da geração de Celso Antônio – e daqueles que seguiram a sua linha positivista e liberal – apegaram-se em demasia a uma análise dogmática do texto constitucional de 1988 – bem como de constituições anteriores –, em detrimento de uma avaliação crítica e interdisciplinar que agregasse história, teoria política ou sociológica. Ao se depararem com a realidade da administração pública – que tanto hoje como em décadas passadas disciplina inúmeras atividades estatais e particulares por meio de atos normativos infralegais –, tais juristas

⁴⁵ C. A. Mello deixa clara no trecho abaixo a influência da evolução tecnológica no agigantamento da administração pública:

“Em suma: como decorrência do progresso tecnológico engendrou-se um novo mundo, um novo sistema de vida e de organização social, consentâneos com esta realidade superveniente. Daí que o Estado, em consequência disto, teve que disciplinar os comportamentos individuais e sociais muito mais minuciosa e extensamente do que jamais o fizera, passando a imiscuir-se nos mais variados aspectos da vida individual e social. Este agigantamento estatal manifestou-se sobretudo como um agigantamento da Administração, tornada onnipresente e beneficiária de uma concentração de poder decisório que desbalanceou, em seu proveito, os termos do anterior relacionamento entre Legislativo e Executivo.” (C. A. MELLO 2010, pp. 379-380)

⁴⁶ Neste excerto, Francisco Campos constrói argumentação semelhante:

“Ora, um corpo constituído de acordo com os critérios que presidem à constituição do Parlamento é inapto às novas funções que pretende exercer. Capacidade política não importa capacidade técnica, e a legislação é hoje uma técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e de várias técnicas.” (CAMPOS 2001 A, p. 55)

⁴⁷ Não se diga que Celso Antônio Bandeira de Mello seja, por essa coincidência de discurso, também um defensor de regimes autoritários. Já foi dito, acima, justamente o oposto, ao anotar adesão do mestre da PUC-SP ao liberalismo político em sua forma original. Contudo, não se pode deixar de criticar a incoerência do discurso sustentado por esse autor, ao tentar defender simultaneamente a vinculação estrita da administração pública à lei e a ampla discricionariedade técnica gozada por essa mesma administração, apesar das lacunas da lei.

decerto reconheceram a incoerência entre a praxe burocrática e o discurso liberal.⁴⁸ Em perceptível desconforto⁴⁹ com o fenômeno que observavam, preferiram, todavia, desdobrar-se em interpretações dogmáticas criativas ao invés de buscar problematizar a verdadeira raiz do mal-estar:⁵⁰ a insuficiência da doutrina liberal clássica como fundamento teórico capaz de libertar a necessária atuação da administração pública e, ao mesmo tempo, conferir-lhe legitimidade democrática.

Passada em revista a geração de juristas guiada pela influência de C. A. Mello, e de forma a captar uma impressão mais completa do cenário nacional, convém averiguar se a doutrina brasileira contemporânea enfrentou o problema evitado pelos seus predecessores. Estudar a compreensão dos administrativistas hodiernos a respeito da legitimidade democrática da atuação normativa do poder Executivo será o objetivo do Subcapítulo a seguir.

⁴⁸ Eros Roberto Grau também critica o entendimento generalizado na doutrina brasileira a respeito da teoria da separação de poderes, em especial no que toca à excessiva restrição do poder regulamentar:

“A única função dos regulamentos de execução no direito brasileiro seria a de desenvolver a lei, no sentido de deduzir os diversos comandos já nela virtualmente abrigados (não, pois, a de explicitar ou explicar a lei, de enunciar a interpretação da lei ou de desenvolver – no sentido de expressar o que não está expresso no alcance das disposições legais). (...)

Essa doutrina, como se vê, adota uma visão inteiramente errônea da teoria da tripartição dos poderes, concebendo-a como proposta de *separação* e não de equilíbrio entre os poderes, além de prestar acatamento exagerado, e radical, à ideologia liberal. Por isso mesmo ignora a realidade, supondo-a existente em função do direito... Em favor dessa doutrina, a CF brasileira de 1988 refere, no § 4º de seu art. 60, com todas as suas letras, a ‘separação de poderes’! Esse texto, não obstante, deve ser interpretado, o que importará interpenetração entre o *mundo do dever ser* e o *mundo do ser*, além de uma necessária reflexão, para o que não basta, a quem pretende interpretar, ser alfabetizado. O tratamento do direito não é acessível a amadores; nem mesmo a profissionais desatualizados em relação à evolução do pensamento jurídico.” (GRAU 2011, pp. 240-241)

⁴⁹ No trecho abaixo transcrito, logo após fazer veemente defesa da separação de poderes e da impossibilidade constitucional de os regulamentos administrativos inovarem em relação às leis, Celso Antônio tenta encaixar a teoria da “*supremacia especial da administração*”, sob a influência de Renato Alessi:

“10. Para evitar equívocos, cumpre, neste passo, fazer-se uma acotação necessária. Não se deve confundir o tema das limitações ao poder regulamentar e das razões que as inspiraram como tema dos poderes que assistem à Administração em relações de outra ordem, nas quais existe uma liberdade administrativa muito mais ampla, exercitável na intimidade de relações especiais intercedentes entre Poder Público e administrados, quando estes, por nelas se inserirem, ficam internados no campo em que vige a supremacia especial da Administração.” (C. A. MELLO 1995, p. 966)

⁵⁰ Nesta outra passagem, C. A. Mello revela seu mal-estar em face da “*generalizada tendência mundial de transferir ao Executivo poderes substancialmente legislativos*”:

“Assim, em despeito da generalizada tendência mundial de transferir ao Executivo poderes substancialmente legislativos, ora de maneira explícita e sem rebuscos, como se fez na França (e logo acomodada pelos teóricos em uma eufêmica reconstrução do princípio da legalidade), ora mediante os mais variados expedientes ou através de acrobáticas interpretações dos textos constitucionais, nos Estados que ainda carecem de uma experiência democrática sólida a acolhida destas práticas não é compatível com a democracia, ainda que tal fenômeno haja sido suscitado – reconheça-se – por razões objetivas poderosas, tanto que se impuseram generalizadamente.” (C. A. MELLO 2010, pp. 377-378)

1.2. A doutrina brasileira contemporânea e a percepção da legitimidade democrática da atuação estatal

A doutrina jurídica brasileira contemporânea, em especial no campo do direito administrativo, ainda demonstra pouca preocupação com o aprofundamento do tema da legitimidade democrática da atuação estatal, tendo dificuldades para se distanciar do incompleto fundamento derivado da vontade geral do povo e seu correspondente método de verificação eleitoral. Escassos são os estudiosos de maior destaque, dentre os administrativistas do direito nacional, que questionam frontalmente o paradigma liberal clássico sedimentado em fins do século XVIII.⁵¹ Ainda mais raros são aqueles que procuram analisar a pró-atividade normativa do poder Executivo sob perspectiva diversa do positivismo jurídico.

É curioso notar que grande parcela dos estudos jurídicos brasileiros dedicados à temática da legitimidade democrática concentra seu objeto no funcionamento das agências reguladoras, instituídas no ordenamento jurídico pátrio a partir de 1996.⁵² Não se pode deixar de notar que o exame da legitimidade da ação dos demais órgãos do poder Executivo não é objeto de devida atenção.⁵³ Contudo, mesmo diante da ausência de doutrina mais abrangente – que abarcasse o poder Executivo como um todo –, mostra-se importante abordar a teorização a respeito das vias capazes de suprir o que BINENBOJM (2005) chamou de “*déficit democrático*” das agências reguladoras. Ao seguir a trilha aberta pelos publicistas animados pela investigação da legitimidade da

⁵¹ Como já afirmado anteriormente, Eros Roberto GRAU (2011, p. 232-234) formulou interpretação alternativa da teoria da separação de poderes, ao reconhecer no Executivo uma “*função normativa*” própria e independente da “*função legislativa*”. Também Márcio Iorio ARANHA (2002) parece aderir às formulações de Grau, ao afirmar que “*não há delegação de poder normativo, mas reconhecimento e autorização de seu exercício dentro da sistemática de distribuição de funções normativas para o Executivo*”. Assim, continua Aranha, o Executivo “*não pode exercer competências normativas reservadas ao Congresso Nacional nem que estas lhe sejam entregues por lei, mas deve exercer suas competências normativas abertas por dispositivos legais que definam parâmetros de atuação normativa regulamentar*”. Ainda que esses dois autores tenham formulado interpretações diferentes da visão tradicional sobre o tema, nota-se que seu fundamento teórico ainda é positivista.

⁵² Exemplos desses estudos jurídicos são os artigos, livros e teses publicadas por Tércio Sampaio FERRAZ JR. (2000), Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2005 A, 2005 B), Lucas de Souza LEHFELD (2008), Gustavo BINENBOJM (2005), Márcio Iorio ARANHA (2005) e Alexandre Santos de ARAGÃO (2002).

⁵³ É possível que o desinteresse pelo estudo da legitimidade democrática da atuação dos demais órgãos do poder Executivo derive da “crença” na chancela legitimadora conferida pelo povo ao presidente da República, mediante sufrágio universal. Esse tema será debatido neste Subcapítulo, e retomado no Capítulo 3.

atuação normativa dessas agências, encontrar-se-ão pistas sobre o estágio atual da doutrina brasileira a respeito da legitimidade do poder regulamentar.

Essa caminhada começa pelo artigo desenvolvido por Tércio Sampaio FERRAZ JR. (2000) em torno da legalidade e constitucionalidade das agências reguladoras. Esse autor discorreu sobre a extensão do poder normativo conferido a essas pessoas jurídicas em face do tradicional princípio da legalidade. Reconhecendo que a Constituição de 1988 é frequentemente interpretada de modo a permitir apenas a regulamentação para fiel execução das leis, e levando em conta a circunstância de que tais agências não estão limitadas por sua subordinação ao poder hierárquico exercido pelo presidente da República, Ferraz Jr. procurou outra maneira de interpretar o princípio da legalidade. Com esse propósito, apresentou seu conceito de *legitimação da legalidade*:

“Já o sentido de legitimação da legalidade vê na lei não tanto uma *condição* e um *limite*, mas, basicamente um *instrumento* de exercício da atividade administrativa. Como *instrumento*, seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de sua eficiência*. (FERRAZ JR. 2000)”

Ferraz Jr. enxergou no princípio jurídico da *eficiência* o fundamento da legitimidade do poder normativo das agências reguladoras. Desde que estas motivassem suas decisões em argumentos razoáveis – proporcionais, indenes de excessos e técnica e politicamente compatíveis –, legitimados estariam seus textos normativos. Segundo o autor, se os *meios* regulatórios empregados estiverem em adequação frente aos fins colimados, não haveria razão para se questionar a legitimidade dos regulamentos das agências reguladoras.

Percebe-se de logo que a legitimação da legalidade defendida por Ferraz Jr. passa ao largo das críticas à legitimidade democrática das agências reguladoras, extensíveis em menor grau à atuação de todo o poder Executivo. No intuito de refutar a tradicional interpretação do princípio da legalidade, esse autor não faz mais do que apresentar uma hermenêutica alternativa e teleológica para esse mesmo princípio, ao invés de buscar atacar as causas subjacentes do problema do déficit democrático.

Outros juristas mais novos, como Floriano de Azevedo Marques Neto e Gustavo Binenbojm, chegaram mais perto de enfrentar a questão. Ao resenhar o modelo de regulação setorial baseado em agências reguladoras, esse primeiro autor (MARQUES NETO 2005 A) destacou que o advento das agências teria, segundo ele, alterado o foco da regulação estatal consoante três vetores principais. De acordo com o primeiro deles, a regulação teria deixado de ter como objetivo o interesse do Estado, passando a se

preocupar primordialmente com os interesses dos cidadãos e consumidores. O segundo vetor de mudanças se referia à forma pela qual o Estado se relaciona, no exercício de sua atividade reguladora, com os principais atores econômicos, políticos e sociais:

“Tal mudança não decorre de uma singela opção estatal, mas é muito mais um imperativo da configuração contemporânea das relações econômicas e sociais. Tenho firme convicção que o tempo da administração como repositória do poder extroverso e da capacidade de impor unilateralmente pautas e padrões de conduta para os atores privados, está encerrado. Embora esteja certo de que a centralidade da autoridade estatal não desapareceu, estou convicto que a legitimidade da ação estatal, particularmente no âmbito da atividade regulatória, se impõe uma postura muito mais reflexiva, negocial, mediadora. (MARQUES NETO, Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil 2005 A)”

Segundo Marques Neto, a substituição da imposição de metas e padrões regulatórios por uma regulação reflexiva implicaria uma nova função para o agente regulador estatal, que passaria a ponderar os interesses envolvidos, arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências, de forma a, pautado pelas circunstâncias, implementar as políticas públicas estabelecidas para o setor. Dessa interação entre a autoridade regulatória e os diversos grupos de interesse diluídos na sociedade surgiria o terceiro vetor das transformações do modelo regulatório: o modo pelo qual é exercida a regulação estatal. Nesse ponto Marques Neto destacou o forte avanço da tendência de procedimentalização da atividade administrativa, como forma de proporcionar ao cidadão maiores possibilidades de participação e acompanhamento da atividade regulatória estatal.

Combinados esses três vetores da mudança de paradigma da regulação estatal, MARQUES NETO (2005 A) percebeu a chegada de novos parâmetros para a “*legitimidade e legitimação*” da autoridade administrativa, “*para o que os mecanismos de limitação, transparência e permeabilidade do exercício do poder são imprescindíveis*”. É na possibilidade de a sociedade participar e acompanhar o processo de elaboração das decisões regulatórias que esse autor acreditou repousar a legitimidade da atuação das agências reguladoras. Com efetiva participação social, supôs Marques Neto que surgiria uma identificação legitimadora entre os anseios dos cidadãos e a conduta das autoridades.

Ao lado do citado doutrinador paulista, também o carioca Gustavo BINENBOJM (2005) demonstrou preocupação com as variadas “*tensões*” geradas pela estrutura regulatória brasileira, as quais advertia reclamarem maior aprofundamento:

“(i) a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da *deslegalização* e da banalização e da edição de atos normativos;

(ii) a tensão com o sistema da separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade de mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle jurídico;

(iii) a tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e da circunstância de estarem submetidos a mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos. (BINENBOJM 2005)”

As tensões aludidas por Binенbojm fizeram-se sentir desde a criação das primeiras agências reguladoras. Os ataques dirigidos a elas foram, no mais das vezes, motivados em argumentos de ilegitimidade das políticas públicas elaboradas por tais entes reguladores, afastados dos representantes eleitos pelo voto popular (NUNES, et al. 2007, pp. 265-266).

Animados por semelhante motivação, um conjunto de partidos políticos⁵⁴ ajuizou perante o STF a ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº. 1.668-5/DF, objetivando fulminar por inconstitucionalidade, dentre outros dispositivos, a garantia de independência técnica e administrativa da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, insculpida nos arts. 8º, § 2º, e 9º da Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997 – conhecida como Lei Geral de Telecomunicações. Embora tais partidos políticos não tenham obtido êxito no escopo anunciado,⁵⁵ as agências reguladoras não cessaram de sofrer acusações de falta de controle político-social de suas atividades. Continuaram sendo tachadas como organizações primordialmente voltadas para a proteção do equilíbrio-econômico financeiro dos contratos de concessão e do investimento realizado pelos agentes regulados.

A propósito de uma suposta independência excessiva das agências reguladoras, BINENBOJM (2005) comentou o que, em sua opinião, foi a primeira crise institucional do modelo regulatório brasileiro. Ao tomar posse como presidente da República em 2003, Luiz Inácio da Silva encontrou nas agências reguladoras apenas dirigentes indicados pelo governo anterior. Coincidentemente, também era ano de reajuste tarifário de alguns serviços públicos essenciais, como energia elétrica e telefonia fixa. Consoante resenhou o autor carioca, não interessava a um governo popular recém-eleito tomar medidas impopulares como aumentar tarifas. Diante da impossibilidade jurídica de intervenção do presidente nas decisões das agências reguladoras, estaria desenhado o

⁵⁴ Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Partido Socialista Brasileiro – PSB.

⁵⁵ Decisão Plenária do STF, datada de 01/10/1997, em sede da ADI nº. 1.668-5/DF, pela qual se resolveu não conhecer da ação direta quanto aos arts. 8º e 9º da Lei Geral de Telecomunicações, por unanimidade. Publicada no D.J. em 14/04/2004.

quadro de embate institucional entre o poder eleito mediante sufrágio universal e o poder burocrático detido pelas agências.

Meses após o desenrolar dessa crise institucional, a Presidência da República encaminhou ao Congresso o Projeto de Lei nº. 3.337/2004,⁵⁶ com o intento de impor modificações, de maneira uniforme e reducionista, aos diferentes marcos legais garantidores da independência técnica das variadas agências reguladoras integrantes da Administração Pública Federal Indireta (NUNES, et al. 2007, 255-264). A exposição de motivos do referido projeto de lei, a EM nº. 12/C.Civil-PR, fundou-se na necessidade de instituição de maior controle social sobre a conduta das agências reguladoras:

“Nesse sentido, são propostos importantes aperfeiçoamentos no modelo adotado, instituindo-se rigor na delimitação de seus poderes; controle mais eficaz de suas atuações pelos órgãos especializados do Congresso; e, por fim, ampliando-se a legitimidade do exercício da função regulatória pelas Agências Reguladoras, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis, ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários”.⁵⁷

Em que pese o referido projeto de lei não tenha ainda sido votado em quaisquer das Casas do Congresso Nacional, o clamor por maior participação cidadã na ponderação dos motivos técnicos e sociais adotados pelas agências reguladoras continua audível. Sobre esse tema, BINENBOJM (2005) destacou que a *“participação dos cidadãos se apresenta como a mais alentada forma de ‘suprimento’ do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes”*. Em seu entender, a participação da sociedade nos processos regulatórios seria uma maneira de compensar a alocação de poder em reguladores não eleitos e desvinculados dos mecanismos tradicionais de controle eleitoral.

Binenbojm cita como exemplos de instrumentos de participação social nas agências reguladoras as consultas públicas, as audiências públicas e os conselhos consultivos. Entretanto, não apenas esse autor compreendeu a importância desses fóruns de participação social para o desenvolvimento da democracia. Também Alexandre ARAGÃO (2002, p. 104) mencionou a criação dos espaços públicos de discussão como mecanismos de legitimação do processo decisório, no intento de reduzir o déficit democrático da regulação administrativa.

⁵⁶ O Projeto de Lei nº. 3.337/2004 se encontra atualmente apensado ao Projeto de Lei nº. 2.275/2003, aguardando votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Informação disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=137083&ord=1>.

⁵⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm

Em sentido semelhante, Márcio Iorio ARANHA (2005, p. 199) afirmou que não foi sem propósito que os mecanismos da consulta e da audiência públicas foram introduzidos na atual legislação e regulamentação setorial. Para o autor, tratou-se de um passo de reorientação da função das agências para a sua vocação inicial de espaços públicos e, portanto, mediadores do diálogo para preservação da virtude política dos interessados em verem suas vozes traduzidas em ação. Portanto, ainda segundo Aranha, esses espaços públicos atuam como local de encontro de interesses ainda em processo de definição, de modo a conformá-los às expectativas comuns daqueles abrangidos pela regulação estatal.

Nada obstante os juristas nacionais da última geração tenham demonstrado preocupação em destacar a importância de buscar a legitimação das políticas regulatórias setoriais na participação popular via mecanismos institucionais, percebe-se que a temática da legitimidade democrática não foi abordada em toda sua extensão. Isso porque tais autores mantiveram seu objeto de estudo restrito à situação singular das agências reguladoras, alijando-se das possíveis constatações de déficit democrático no restante da administração pública. Além disso, os comentados juristas jamais se dispuseram a enfrentar o questionamento sobre a suficiência da legitimidade da vontade geral – alegadamente identificada na lei –, manifestada pelos representantes eleitos mediante sufrágio universal, como alicerce do exercício do poder estatal sobre a sociedade.⁵⁸

Embora também dedicado ao exame das agências reguladoras, Lucas de Souza LEHFELD (2008, p. 274-281) chegou a tangenciar o tema da legitimidade da atuação do poder Executivo, ao contrastar os enfoques brasileiro e norte-americano sobre o relacionamento dessas agências com os poderes Legislativo e Executivo. Consoante esse jurista, o crescimento da autonomia das agências reguladoras nos Estados Unidos da América durante a primeira metade do século XX gerou reação do poder público no sentido de impor maior controle democrático sobre os órgãos reguladores, a exemplo do estabelecimento de rigorosos procedimentos administrativos e da adoção de mecanismos que proporcionem transparência ao processo decisório. Sobre a perspectiva norte-americana, LEHFELD (2008, p. 276) resume que *“a delegação de competências às agências pressupõe, em contrapartida, responsabilidade – ‘accountability’ – quanto à sua atuação perante os poderes do Estado e também a própria sociedade”*.

⁵⁸ O tema da legitimidade do exercício do poder estatal será retomado com maior destaque mais adiante, no Capítulo 3.

No que toca ao Brasil, Lehfeld observa que o sistema jurídico brasileiro parece caminhar em sentido contrário ao dos Estados Unidos, privilegiando o fortalecimento da administração pública direta frente aos entes descentralizados, tais quais as agências reguladoras. Ao invés de uma ênfase em um sistema de *accountability* à moda norteamericana, esse autor apontou que a cultura jurídica brasileira da centralização do poder decisório na figura do presidente da República – e dos ministros de Estado a ele subordinados – terminou por guiar as preocupações por maior controle sobre as agências em direção a uma tentativa de retomada do poder hierárquico sobre estas:

“É notória a dificuldade de adaptação das agências reguladoras na estrutura administrativa brasileira, principalmente em função desse exercício hierárquico de controle por parte do Estado (em que se atribui ao Poder Executivo qualidade narcisista). Trata-se de uma relação que se caracteriza pela opacidade, em função do uso pela Administração Pública de critérios tecnoburocráticos nos processos de decisão, tanto dos entes descentralizados (empresas públicas, sociedades de economia mista e funções públicas), como também dos órgãos responsáveis pela formulação de políticas públicas (ministérios, secretarias estaduais e municipais).

Assim, o propósito do presente capítulo é desvendar a questão que se evidencia como fundamental para a própria legitimação do modelo regulatório: quem controla o controlador? Ou quem controla as agências reguladoras?” (LEHFELD 2008, p. 280)

A tendência brasileira, descrita por Lehfeld, de recuperar a completa extensão e o prestígio do poder hierárquico da administração direta sobre as agências reguladoras é corroborada pela elaboração do Projeto de Lei nº. 3.337, de 2004,⁵⁹ pelo governo, visto que possui entre os seus objetivos devolver o poder concedente da outorga de serviços públicos à administração pública direta, ou seja, aos Ministérios. De certa forma, a descrição de tal inclinação nacional em favor da concentração decisória no presidente da República e em seus ministros de Estado induz à conclusão de que existe um senso comum no direito brasileiro segundo o qual a legitimidade das agências reguladoras seria restabelecida caso estas fossem diretamente subordinadas aos ministros de Estado.

De acordo com tal percepção, extraída dos comentários de Lehfeld, uma vez claramente reintegradas na estrutura hierárquica do poder Executivo, as agências teriam sua atuação novamente legitimada de acordo com a tradicional teoria liberal da separação dos poderes. Em outras palavras, perdendo sua autonomia decisória para retornar à condição de simples entes subordinados ao poder Executivo, as agências voltariam a ter sua atuação normativa duplamente legitimada: de um lado, pelo Legislativo, que lhes fixou limites e competências mediante lei; e de outro, pelo

⁵⁹ O Projeto de Lei nº. 3.337/2004 pretende, dentro outros objetivos, devolver o poder concedente da outorga de serviços públicos à administração pública direta, ou seja, aos Ministérios.

Executivo, por meio do vínculo hierárquico direto com o presidente eleito. Em lugar de *reguladoras*, as agências tornar-se-iam meros órgãos *de execução* de comandos legais.

Analisada a perspectiva de boa parcela dos juristas contemporâneos sobre a peculiar situação das agências reguladoras, constata-se que nenhum deles chegou a enfrentar diretamente a questão que o presente estudo considera central: a insuficiência da tradicional teoria liberal da separação de poderes como fundamento teórico capaz de explicar o crescimento das atribuições normativas do poder Executivo – e dos órgãos a ele vinculados, como as agências reguladoras – em consonância com o imperativo de legitimação democrática decorrente do Estado democrático de direito.

Não basta denunciar a desatualização da teoria clássica da separação de poderes, como o fez Clèmerson Merlin CLÈVE⁶⁰ (2010, p. 343), sem apontar os caminhos que o poder Executivo deveria trilhar para satisfazer às “*crescentes e exigentes demandas sociais*” e, ao mesmo tempo, para manter relação equilibrada com o poder Legislativo. É preciso investigar novos fundamentos teóricos que possibilitem explicar a paulatina assunção de novas atribuições normativas pelo poder Executivo, em meio à arquitetura institucional desenhada pelo regime democrático experimentado no Brasil.

Diferentemente do que ocorreu no cenário brasileiro, teóricos franceses procuraram enfrentar, sob perspectivas não positivistas, o fenômeno do surgimento e fortalecimento do poder regulamentar, e sua convivência com os postulados do liberalismo revolucionário de 1789, como propõe Michel VERPEAUX (1991, p. 5) – objeto do Capítulo 2. Outros, ainda, buscaram apontar novas maneiras de colher legitimidade democrática no agir estatal, além daquelas essencialmente ligadas ao sufrágio universal e à decisão majoritária, segundo o marco teórico de Pierre ROSANVALLON (2008). Os próximos capítulos serão, portanto, dedicados à investigação da experiência francesa – objeto do Capítulo 3.

⁶⁰ CLÈVE resume no trecho abaixo a sua opinião sobre a atualidade da teoria da separação de poderes:

“Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder (que não corresponde necessariamente a um sistema de equilíbrio entre os poderes), oferecendo as bases para a constituição de um governo misto, moderado pela ação das forças sociais dinamizadoras do tecido societário. A missão atual dos juristas é adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los mais intensos, seguros e eficazes.” (CLÈVE 2010, p. 42)

2. O Curioso Enraizamento do poder regulamentar na França

2.1. Um nascimento improvável em meio ao culto à lei e à desqualificação do poder Executivo

Todo estudo que procure investigar as raízes do poder regulamentar no direito administrativo precisa retornar às raízes francesas dessa subdisciplina; e se depara aí, inevitavelmente, com o problema da determinação do ponto de partida. Fixar a data do nascimento do poder regulamentar no ano de 1789 significa, por decorrência lógica, afirmar que prática correspondente não existia no Antigo Regime. Michel VERPEAUX (1991, p. 8) se inclui entre os autores que elegeram a eclosão da Revolução Francesa como marco inicial desse poder, por considerá-lo um momento de “*ruptura no direito público francês*”. É nos poucos anos de duração dessa Revolução que se constroem a ideologia e os princípios basilares do direito administrativo, cuja essência persistirá aplicável nos próximos dois séculos.

Para VERPEAUX (1991, p. 9), a Revolução Francesa não é apenas uma revolução política; ela é também, e talvez com maior ênfase, uma “*revolução jurídica*”. Isso significa que os fundamentos jurídicos que sustentavam o Antigo Regime foram destruídos em 1789, quando as fontes de onde emana o direito mudaram radicalmente. Essa visão não é compartilhada por todos os estudiosos do tema, contudo.

Jean-Louis Mestre⁶¹ formulou tese segundo a qual o poder regulamentar teria surgido no seio do Antigo Regime. Ainda que o termo *regulamento* fosse então utilizado para denominar certas categorias de normas jurídicas – mesmo que sem precisão classificativa –, mostra-se difícil conceber alguma distinção entre *poder regulamentar* e *poder legislativo*, sendo o rei a figura em que se concentram todos os poderes do Estado. Assim, é forçoso reconhecer que a “*multiplicidade de atos reais não permite distinguir no seio do poder legislativo real uma espécie de poder de editar leis de caráter secundário*” (VERPEAUX 1991, p. 12).

⁶¹ A tese de Jean-Louis Mestre (*Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985) é citada por VERPEAUX (1991, p. 9), que a considera equivocada, apesar de sedutora, no que toca ao nascimento do poder regulamentar. Embora o rei pudesse editar normas de valores diferentes antes de 1789 – do que são exemplos as constituições, estatutos, decretos, editos, sanções e ordenações, dentre vários outros –, não havia uma classificação rigorosa que estabelecesse uma verdadeira diferenciação funcional entre elas. VERPEAUX (1991, pp. 9-12) demonstra que a expressão *regulamento* não existia no vocabulário do Antigo Regime para designar um tipo certo entre as variadas espécies de leis reais, sendo empregado indistintamente. E mesmo que existissem diferenças formais entre os variados textos reais normativos, isso não equivaleria a reconhecer a coexistência de diferentes poderes, sabido que todas as diversas regras persistiam obra de um mesmo autor: o rei.

Ao se confrontar com o referido dilema, também Léon DUGUIT (1893, p. 102) negou a existência de um poder regulamentar no Antigo Regime, chegando a afirmar que o próprio conceito de separação de poderes era inteiramente estranho ao direito público da França monárquica. Segundo o professor de Bordéus (1903, p. 292), enquanto o rei mantivesse unidos em si mesmo os poderes executivo e legislativo em sua plenitude, não haveria como imaginar uma distinção entre poderes regulamentar e legislativo. Todos os atos reais guardariam inelutavelmente a mesma natureza, visto que decorrentes do poder absoluto do rei.⁶²

Essa opinião foi também expressada por Félix MOREAU (1902 A, , p. 52), para quem, *“sem um regime representativo, numa monarquia absoluta, todas as regras emanam do chefe de Estado, e a diferença hierárquica subjacente à distinção entre lei e regulamento se torna inconcebível”*. Carré de Malberg, no mesmo sentido, igualmente manifestou sua opinião sobre o tema:

“Quando na prática o monarca cumula em sua plenitude os poderes legislativo e administrativo, pouco importa se as regras por ele editadas são emitidas a título de leis ou de regulamentos administrativos; nos dois casos, ele goza da mesma liberdade indefinida, tanto no que toca à iniciativa quanto ao conteúdo da decisão a ser tomada. A distinção entre a lei e o regulamento apenas ganha verdadeira importância no cenário do Estado constitucional moderno.” (MALBERG 1920, p. 550) [tradução livre]

A diferenciação de que tanto cuidam os citados autores somente passou a existir a partir de 1789, quando os pioneiros constituintes impuseram à França uma revolução do direito público, no entender de BIGOT (2002, p. 26), ao dividirem os poderes antes reunidos no rei mediante uma separação de órgãos e de funções. Com a formulação do princípio da separação de poderes, o poder de editar normas gerais e abstratas foi taxativamente recusado a qualquer outro poder que não fosse um órgão colegiado legislativo.

A separação de poderes, tal qual idealizada pela Assembleia Constituinte revolucionária, teve o objetivo principal de proibir o rei de elaborar leis e de participar da execução destas por meio de medidas gerais e impessoais, as quais eram vistas como um meio de o titular do poder executivo completar ou modificar a lei (VERPEAUX 1991, p. 15).

Nesse ponto se revela inconfundível a influência que exerceram Montesquieu e Rousseau sobre os revolucionários franceses de 1789. O substrato ideológico que alimentou a ação revolucionária é fruto da leitura que fizeram desse primeiro autor,

⁶² DUGUIT (1893, p. 102) recorda que até as vésperas da Revolução ainda vigiam na França máximas célebres como: “o que quer o rei, assim quer a lei” e “toda a justiça emana do rei”.

deformada pela interpretação da obra deste último. Enquanto de Montesquieu os revolucionários apreenderam o conceito de separação de poderes, Rousseau lhes ensinou que as leis somente podem emanar de um único poder, o soberano, que incorpora a vontade geral. Segundo VERPEAUX (1991, p. 29), “*essa mescla acabou por fazer das teorias contidas em Espírito das Leis uma arma dirigida contra o rei: a separação de poderes serve sobretudo para enfraquecer a realeza e para prevenir a qualquer possibilidade de restauração do absolutismo*”.

Ao enunciar pensamento semelhante, Carré de Malberg identificou nessa perigosa mistura mais ingredientes explosivos, cujo adequado exame necessitará de uma prévia digressão sobre as teorias de Montesquieu e Rousseau. A análise do substrato teórico engendrado por esses dois pensadores será, além disso, fundamental para melhor compreender o amálgama resultante da sucessão de ideias e circunstâncias políticas que desembocaram no nascimento do poder regulamentar, ao longo da Revolução Francesa.

2.1.1. As ideias à frente da Revolução Francesa e as disputas entre os poderes Legislativo e Executivo

Seguindo a linha exposta por MALBERG (1931, pp. 5-6), é possível notar que os revolucionários do verão de 1789 foram influenciados pela noção de Montesquieu da lei como *regra geral*,⁶³ a qual, em contraposição às regras individuais, abraçaria indistintamente a todos os cidadãos, de modo a devolver-lhes a igualdade subtraída pela vida em sociedade.⁶⁴ Ainda consoante o professor de Estrasburgo, a nota de *imparcialidade* contida na lei garantiria que os indivíduos soubessem de antemão qual o direito que lhes seria aplicado por um agente administrativo ou por um juiz, diante de um dado caso concreto.

⁶³ MALBERG (1931, pp. 5-6) ressalta que a noção da lei enquanto *regra geral* foi ainda mais alargada sob a influência da teoria rousseauiana da vontade geral do povo, a qual será abordada adiante.

⁶⁴ CASTRO (2005) destaca, contudo, que apesar de Montesquieu ter postulado a “*existência de relações naturais entre os homens*”, nascidos “*naturalmente iguais e dotados da faculdade do conhecimento*”, esse pensador francês não pode ser considerado um jusnaturalista, como Hobbes, Locke e Rousseau. Em verdade, ainda segundo Castro, Montesquieu afirmara que é com o surgimento da sociedade que desaparece a “*igualdade natural entre os indivíduos*”, instaurando-se um “*estado de guerra*”. Nesse contexto é que se revelaria o papel das leis positivas em Montesquieu, destinadas a restabelecer a liberdade política dos indivíduos. Nota-se daí a relevante função reservada por Montesquieu às instituições, em substituição à ética do bem que se torna o fundamento da ordem – como no jusnaturalista Locke. Abaixo segue o excerto de *Espírito das Leis* analisado por Castro:

“No estado da natureza, os homens nascem em situação de igualdade; mas eles assim não persistem. A sociedade os faz perder essa condição, e eles não retornam ao estado de igualdade senão por meio das leis. (MONTESQUIEU 1834, p. 245)” [tradução livre]

De acordo com MONTESQUIEU (1834, pp. 263-264), a lei seria, em sua relação com a constituição, algo como uma força superior que garantiria a “*liberdade política*” dos cidadãos. Não é segredo que Montesquieu, como anota CASTRO (2005), encontrou na constituição da Inglaterra de seu tempo um “*exemplo de um conjunto de regras vinculadas ao valor da liberdade*”, tendo, a partir do modelo inglês, formulado a sua famosa teoria da separação dos poderes. Para o pensador francês, essa liberdade, longe de ser a permissão dada a cada qual para fazer o que bem entender, corresponderia à faculdade de realizar tudo o que as leis permitem, e de deixar de fazer aquilo que elas proíbem. Sobre esse ponto, CASTRO (2005) percebe em Montesquieu – embora este não tenha pressuposto uma noção abstrata do *bem*, entendido como universal – a presença de “*uma moralidade distanciada de condicionantes circunstanciais, uma moralidade de orientação ética, como sendo própria da experiência da liberdade política*”.⁶⁵

Em lugar de um conceito abstrato do *bem*, CASTRO (2005) percebe que Montesquieu condicionou a garantia da liberdade política ao predomínio da virtude da “*moderação*”. Vale destacar que MONTESQUIEU (1834, pp. 243-244) era taxativo na afirmação de que tal liberdade política somente floresceria em uma “*democracia regrada*”, que hostilizasse com equivalente vigor tanto a “*igualdade extrema*” quanto a “*desigualdade arbitrária*”. Na visão desse autor, a igualdade extrema resultaria na abolição de quaisquer diferenças entre os homens, o que faria com que integrantes do povo pudessem ser alçados à condição de magistrados, acarretando a inevitável corrupção da administração dos negócios do Estado e o desperdício do tesouro público. O ideal para Montesquieu habitava na moderação. Ele a encontrou à perfeição no regime político inglês, como já visto: numa harmoniosa mistura constitucional entre monarquia, separação de poderes, legislativo bicameral, nobreza e eleições censitárias para representantes do povo.

Todavia, CASTRO (2005) nota que, em Montesquieu, mesmo a moderação era considerada insuficiente para prevenir prejuízos à liberdade. Daí a importância conferida pelo pensador francês às instituições, na medida em que afirmava ser impossível assegurar a liberdade se a lei não estabelecesse limites para a atuação dos

⁶⁵ Isso se extrai da passagem em que MONTESQUIEU (1834, p. 264) afirma que “*numa sociedade em que existem leis, a liberdade não pode consistir senão poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve querer*”.

detentores do poder. A “própria virtude precisava de limites”, escrevia MONTESQUIEU (1834, p. 264):

“A liberdade política somente se encontra nos governos moderados. Mas ela não está sempre nos estados moderados; ela apenas está quando não se abusa do poder: mas é uma experiência eterna que todo homem é levado a abusar dele; ele vai até onde ele encontra limites. Quem o diria! A própria virtude necessita de limites.” (MONTESQUIEU 1834, p. 264) [tradução livre]

CASTRO (2005) observa que a condição precípua imposta por Montesquieu para que a liberdade fosse efetiva em uma sociedade era a impossibilidade do “*abuso de poder*”. Assim, de acordo com Montesquieu, somente se evitaria o abuso de poder caso houvesse uma autolimitação institucional da autoridade; seria preciso que a lei dividisse os poderes entre diferentes instituições, de modo a que o poder lograsse conter o poder.⁶⁶ Nascia, então, uma teoria da separação de poderes caracterizada como uma solução institucional complexa e inovadora, que não pressupunha a supremacia do poder de legislar, como o fazia Locke.⁶⁷ Ao contrário deste, e ainda consoante Castro, Montesquieu entendia que a liberdade era protegida quando a “*eficácia do poder legislativo, a do poder executivo e a do poder de julgar permanecem mutuamente condicionadas, a partir de possíveis entendimentos alternativos sobre os fins em vista dos quais o poder é exercido pelas diversas autoridades*”.

Da aplicação da teoria da separação de poderes segundo idealizada por Montesquieu não decorreria a paralisia institucional do Estado, mas “*uma peculiar dinâmica do processo político*” – na definição de CASTRO (2005) –, ou “*uma ação concertada impelida pelo necessário movimento das coisas*” – nas palavras de MONTESQUIEU (1834, p. 268). Num tal regime político, consoante o pensador francês, seria inviável o uso instrumental do poder a serviço de um indivíduo ou grupo social. A liberdade política assegurada pelo regime legal de equilíbrio entre os diferentes poderes teria o efeito, portanto, de manter os sujeitos a salvo de desmandos dos administradores e dos juízes.⁶⁸

⁶⁶ Nas próprias palavras de Montesquieu: “*Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.*” (MONTESQUIEU 1834, p. 264) [tradução livre]

⁶⁷ De acordo com CASTRO (2005), a separação de poderes segundo Locke pressupunha a determinação individualista de uma consciência ética do bem comum. A atividade de legislar era considerada pelo pensador inglês como um poder supremo, tendo em vista que seria capaz de expressar a consciência do bem comum adquirida pelos indivíduos. Castro recorda que, para Locke, essa consciência era adquirida sob inspiração divina, e tinha como contrapartida a supremacia do poder de legislar, a qual era dispensável em Montesquieu.

⁶⁸ É ilustrativa a passagem em que Montesquieu trata do tema:

“A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem de sua segurança; e, para que se adquira essa liberdade, é preciso

Compreendida a teoria montesquiana, e retornando ao traçado delineado por Carré de Malberg, deve-se notar que, na opinião desse professor de Estrasburgo, o conceito de lei formulado pelos pioneiros constituintes franceses foi sensivelmente alargado, se comparado às lições de Montesquieu. Acrescentando doses da obra de Rousseau, os revolucionários entenderam correto vincular à ideia de lei um outro atributo além daquele da *generalidade*. Desse modo, para que uma *regra geral* fosse entendida como uma lei, ela deveria ter origem na *vontade geral do povo*, pois é nele que reside a *soberania* da nação. A sociedade idealizada por Rousseau pressupunha a existência de um *contrato social* cujas cláusulas seriam tacitamente admitidas e reconhecidas por todos, com o objetivo de:

“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um dos associados, unindo-se a todos, obedeça contudo apenas a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes. (ROUSSEAU, Contrat Social ou Principes de Droit Politique 1923, p. 243)” [tradução livre]

Cada um dos cidadãos deveria submeter sua pessoa e sua força à suprema direção da vontade geral, de forma a converter cada membro em uma parte indivisível de um todo, de um só corpo político. Essa associação de cidadãos produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantas vozes existam numa assembleia, de cuja unidade e identidade esse corpo retira vida e vontade. Um tal corpo foi chamado por ROUSSEAU (1923, p. 244) de *república*, conhecida pelos seus cidadãos pelo nome de *Estado*, quando passivo, e pela designação de *soberano*, quando se põe em atividade. Semelhante coletividade de cidadãos assim unidos é o que esse filósofo finalmente denominou *povo*:

“Assim como a natureza deu a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social deu ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, carrega, como eu já disse, o nome de soberania. (ROUSSEAU, Contrat Social ou Principes de Droit Politique 1923, p. 253)” [tradução livre]

A manifestação de vontade desse *povo-soberano* corresponde à *vontade geral*, a única capaz de guiar as forças do Estado e de impor limites à liberdade civil. Essa vontade geral é externada sob a forma de *lei*. O desejo do soberano, entretanto, somente alcançaria a qualidade de lei – vontade geral – à medida que mirasse atingir o bem comum, que é o próprio fim institucional do Estado. CASTRO (2005) entende que, em Rousseau, todo governo legítimo deve expressar a clara consciência ética do bem comum, própria do indivíduo idealizadamente “*puro*”. Na vida em sociedade, continua

que o governo aja de maneira a que um cidadão não tema um outro cidadão. (MONTESQUIEU 1834, p. 264)” [tradução livre]

Castro, “*a expressão política dessa consciência do bem necessita corresponder à vontade do soberano, que Rousseau caracteriza como a vontade geral do povo*”.

Apenas existiria lei, segundo ROUSSEAU (1923, pp. 250 e 258-259), se o *povo deliberasse sobre todo o povo*, ou seja, se a matéria sobre a qual estatui é geral como a vontade que a delibera. A lei deveria ser geral, de forma a considerar os sujeitos em sua coletividade, como um corpo, e suas ações enquanto abstratas. Jamais uma lei poderia tratar de um homem em sua condição de indivíduo, ou de sua ação particular. Tais matérias, ainda que decididas pelo soberano, não teriam a qualidade de lei, mas de decreto, e não seriam atos de soberania, porém de magistratura – ou seja, dos agentes do governo.

Nesse quadro, sendo a soberania o exercício da vontade geral, ela jamais poderia ser alienada, tanto quanto o soberano, identificado num ser coletivo, igualmente não poderia ser representado senão por si mesmo (ROUSSEAU 1923, pp. 250-251). Os deputados eleitos não poderiam ocupar, portanto, a posição de representantes do povo, restando-lhes apenas o papel de simples comissários, os quais nada poderiam decidir sem a ratificação direta da vontade geral do povo. Assim, qualquer lei com que o povo não tenha anuído expressamente seria nula. Mergulhado na ideia da impossibilidade de representação da soberania, Rousseau criticou duramente, em passagem que ficou famosa, o modelo político inglês:

“O povo inglês pensa ser livre, e se engana profundamente; ele apenas o é durante a eleição dos membros do parlamento: tão logo eles são eleitos, o povo volta a ser escravo, a ser nada. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que o povo faz dela leva a que mereça perdê-la. (ROUSSEAU 1923, p. 302)” [tradução livre]

Além de indelegável, a soberania em Rousseau seria também indivisível, pois uma vontade parcial representaria a completa ausência da vontade geral. Sobre esse ponto, CASTRO (2005) alerta que Rousseau não aceitava qualquer construção institucional complexa que permitisse uma distribuição de poderes entre diferentes órgãos, a exemplo do que defendia Montesquieu. Para o filósofo francês, ainda segundo Castro, o exercício da autoridade necessitava ser uno, a fim de que expressasse a consciência ética do bem comum. Não havia para Rousseau, portanto, margem para a presença de interesses privados, nem de associações parciais.

Isso não significava, todavia, que esse autor repudiasse a divisão dos produtos da soberania em categorias diferentes. Nesse sentido, ROUSSEAU (1923, p. 273) distinguia na ação soberana duas causas concorrentes para sua produção: uma causa moral, a vontade que determina o ato; e outra física, sendo a força que a executa. Esta

corresponderia ao poder Executivo, e aquela ao Legislativo. Ainda que este fosse o único soberano, ele não se bastaria:

“O poder legislativo, que é o soberano, precisa então de um poder que execute, ou seja, que reduza a lei a atos particulares. Este segundo poder deve ser estabelecido de maneira que execute somente a lei, e nada além da lei. Aqui entra a instituição do governo. (ROUSSEAU 1853, p. 64)” [tradução livre]

ROUSSEAU (1923, p. 273) entendia o governo como um corpo intermediário que serve à comunicação entre o Estado e seu soberano, *“que age no seio da pessoa pública da mesma forma como no homem se opera a união entre corpo e alma*. Cabe ao governo, a quem esse autor também chamava *“suprema administração”*, o exercício legítimo do poder Executivo. É este poder que recebe do soberano as ordens que transmite aos indivíduos, de modo a manter a liberdade tanto civil como política. O governo participa da vontade geral que o constitui, dado que é parte integrante do corpo político, ainda que com ele não se confunda. Nada obstante, ele próprio constitui-se em corpo dotado de vontade própria. E embora nem sempre essas duas vontades – a geral e do governo – coincidam, *“é do efeito combinado desse concurso e desse conflito que resulta o funcionamento de toda a máquina”* (ROUSSEAU 1853, p. 65).

Ao mesmo tempo em que ROUSSEAU (1923, pp. 273 e 275) pregava a manutenção de um equilíbrio entre as produções do governo e do povo-soberano, esse filósofo não escondia quem verdadeiramente deveria dar as cartas no jogo de poder da sociedade. Ainda que o governo não se confundisse com o Estado, enquanto este poderia existir por si mesmo, aquele somente ganharia vida por meio do soberano. Isso significava que a vontade do governo não deveria ser outra senão a própria vontade geral, a lei, o que deixava evidente a subordinação do poder Executivo ao Legislativo em Rousseau.

Seria o próprio povo-soberano que estabeleceria, mediante uma lei, a forma de seu governo, ou seja, a maneira como a estrutura administrativa do Estado daria cumprimento às leis. Em seguida, esse mesmo povo escolheria os líderes que comandariam o poder Executivo, que, ao contrário do Legislativo, pode e deve ser representado. Esse ato de nomeação não seria então uma lei, visto seu caráter particular, mas apenas um ato de cumprimento à lei que estabeleceu a forma de governo. Assim se daria a conversão da soberania em democracia, na medida em que os cidadãos, tornados magistrados, reduzem os atos gerais a atos particulares, e descem a lei à sua execução (ROUSSEAU 1923, p. 305).

Diferentemente de Montesquieu, a doutrina de Rousseau fez com que o conceito de lei não mais se limitasse a garantir ao cidadão a liberdade política proporcionada pelo regime da legalidade. Mais que isso, esse pensador franco-suíço pretendeu que o soberano, identificado exclusivamente no povo, “*interviesse para editar, a título de vontade e sob a forma de regras gerais, todas as prescrições que comandarão a atividade das autoridades subalternas, colocadas como prepostos no governo, na administração e na justiça*” (MALBERG 1931, p. 6).

A união política defendida por Rousseau como pressuposto da existência da vontade geral não seria, de acordo com CASTRO (2005), fundada na psicologia do medo, decorrente do uso da violência. Entretanto, segundo esse autor, Rousseau não faz uso da fórmula empregada por Montesquieu – e também Locke –, a qual combina a psicologia da confiança com a divisão institucional do poder como elemento viabilizador da adoção de fundamentos éticos para a vida política e social. Em verdade, Rousseau introduziu-se no que Castro chamou de “*terreno alternativo da ideologia*”, ao pregar a necessidade de instituição de uma “*religião civil*” como elemento básico de coesão social.⁶⁹ O mesmo autor nota em Rousseau, nesse ponto, “*uma conotação nitidamente totalitária, incompatível com a presença do pluralismo moral e político e com a divisão institucional do poder*” defendida por Montesquieu.

Prova autoevidente do fascínio exercido pela fusão entre Montesquieu e Rousseau no ideário da Revolução Francesa é a dicção dada aos arts. 6º e 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 26 de agosto de 1789. Mediante o primeiro dispositivo citado foram imortalizadas no direito francês as noções de lei como expressão da *vontade geral da nação*, e seu efeito geral e impessoal, necessariamente extensivo a todos os cidadãos. Do último artigo mencionado, fica evidente a aderência à teoria da separação de poderes de Montesquieu, posta como condição de existência da própria constituição:⁷⁰

⁶⁹ É interessante transcrever a passagem em que Rousseau trata de sua “*religião civil*”, a qual inspirou a ideologia dos jacobinos durante o período da Convenção, na Revolução Francesa:

“Existe pois uma profissão de fé puramente civil cujos artigos pertence ao soberano fixar, não precisamente como dogmas de religião, mas como sentimentos de sociabilidade (...). Sem poder obrigar ninguém a crer neles, [o soberano] pode banir do Estado qualquer um que neles não creia. Ele pode bani-lo, não como ímpio, mas como insociável, como incapaz de amar sinceramente as leis, a justiça, e de sacrificar se necessário a sua vida ao seu dever.” (ROUSSEAU 1923, pp. 334-335) [tradução livre]

⁷⁰ A combinação entre esse dois artigos revela mais do que a influência de Montesquieu e Rousseau sobre os revolucionários, expõe também a contradição entre as doutrinas de um e outro, então justapostas. Como bem notado por DUGUIT (1893, p. 117), a *separação de poderes e indivisibilidade da soberania*

“Art. 6º A Lei é expressão da vontade geral. Todos os Cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os Cidadãos sendo iguais a seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, de acordo com suas capacidades e sem outra distinção senão suas virtudes e seus talentos. [tradução livre]

(...)

Art. 16. Toda Sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação de Poderes é determinada, não possui Constituição alguma.” [tradução livre]

É portanto a partir de 1789, à sombra do culto à *lei*, entendida nos termos acima discorridos, que começa a ganhar vida um germe que desencadeará paulatinamente o desenvolvimento de um poder regulamentar atribuído ao Executivo, em flagrante disputa com o poder de fazer a lei. Desde o momento em que esta foi elevada pelos revolucionários ao patamar de fonte única do direito, a tarefa de executar a lei passou a despertar crescente interesse não só nos jurista, mas principalmente nos estudiosos da política e das relações institucionais entre os poderes Legislativo e Executivo. De uma maneira ou de outra, todos se postaram diante da pergunta que Carré de MALBERG (1920, p. 550) soube bem expressar: “*como pôde o Executivo auferir a capacidade de editar regras que parecem reunir todos os caracteres e produzir todos os efeitos da lei?*”.

Se tomados os primórdios da Revolução Francesa, a pergunta formulada por Carré de Malberg torna-se ainda mais intrigante. Isso porque desde os derradeiros meses de 1789 os constituintes franceses pretenderam negar ao rei qualquer poder de editar normas jurídicas em caráter abstrato, por meio da redação que deram ao art. 17 do decreto de 2 de outubro daquele mesmo ano (VERPEAUX 1991, p. 25). Esse dispositivo foi mais tarde cristalizado sem alterações em sua redação original na Constituição francesa de 1791 – art. 6º da seção I do capítulo IV, relativo ao exercício poder Executivo:

“Art. 6º O poder executivo não pode fazer lei alguma, ainda que provisória, mas apenas proclamações conformes à lei, para ordená-la e cobrar-lhe a execução.” [tradução livre]

Apesar da pouca discussão que a aprovação de tal dispositivo constitucional rendeu aos participantes da Assembleia Nacional em 16 de agosto de 1791 (DUGUIT 1893, p. 121), cumpre registrar que o papel subalterno atribuído ao poder Executivo não

eram princípios contraditórios nesses dois autores, o que os constituintes resolveram ignorar sem mais aprofundamentos.

era um posicionamento unânime entre os constituintes. Distinguiam-se nos primeiros anos da Revolução duas correntes com ideias opostas sobre a extensão e a natureza dos poderes reais – poder Executivo – em relação à produção legislativa. Enquanto uma corrente entendia o poder Executivo invariavelmente submetido à lei, a outra divisava neste um poder natural que extrapolava o âmbito das leis.

Conforme explica VERPEAUX (1991, pp. 31-36), a primeira linha de pensamento corresponde aos enunciados resultantes da fusão das doutrinas de Montesquieu e Rousseau, de que já se tratou acima. Essa concepção, hoje considerada clássica, prescreve a subordinação do Executivo ao Legislativo, tendo em vista que os atos editados pelo primeiro não seriam soberanos, já que não oriundos de uma assembleia eleita pelo povo. De outro lado, os atos do Executivo estariam limitados a particularizar a vontade geral contida na lei – essa, sim, guarnecida de soberania.

É de se notar que tal corrente, majoritária entre os revolucionários, deixou transparecer em suas ideias a indisfarçável desconfiança que esses guardavam sobre a conduta do poder Executivo, constantemente suspeito de estar na iminência de desobedecer aos comandos da lei – idealizada segundo os ensinamentos de Rousseau. Levando-se em conta que o titular do poder Executivo em 1789 coincidia com a figura do rei Luís XVI, cuja soberania absoluta havia sido recentemente capturada pela Assembleia Constituinte, era de se esperar que entre revolucionários e monarca fosse nutrida uma natural desconfiança mútua. A esse respeito, foi MABLY (1792, p. 45) quem externou com maior franqueza todo o ressentimento acumulado contra o poder encarregado de executar as leis, ao afirmar que *“todo legislador deve partir do seguinte princípio, que o poder executivo foi, é, e sempre será eternamente inimigo no poder legislativo”*. Decerto a tentativa de fuga de Luís XVI e sua família em 1791 não contribuiu para aliviar as tensões entre os poderes Legislativo e Executivo.

Sobre essa primeira corrente – que Verpeaux atribui à influência conjunta de Montesquieu e Rousseau –, Duguit anotou que seus partidários tinham o objetivo primordial e urgente de aprovar uma constituição que reproduzisse na íntegra a doutrina política montesquiana, ignorando as profundas reflexões que o próprio autor formulou sobre suas famosas máximas sobre a separação de poderes. Sobre esse tema, assim se expressou o professor de Bordéus:

“Penetrada [a Assembleia Nacional] do espírito clássico feito de deduções lógicas, seduzida pelos princípios absolutos, confiante em sua onipotência, em sua virtude mágica, ela não lê no Espírito das Leis senão fórmulas gerais e sintéticas; ela não vê que Montesquieu se limita a reproduzir as regras da Constituição inglesa, que ele admite a separação de poderes apenas na

medida em que ela é praticada na Inglaterra, que a divisão absoluta resulta fatalmente na concentração de todos os poderes em um só; (...)" (DUGUIT 1893, p. 108) [tradução livre]

Sem levar em consideração a tensão recíproca, mas complementar, que Montesquieu defendia existir entre os diferentes poderes, os constituintes revolucionários não perceberam, ou não quiseram perceber, toda a gama de restrições práticas que esse autor colecionou para que um poder não lograsse subjugar os demais. Sobre esse tema, Castro expõe de forma elucidativa:

“Portanto, no argumento de Montesquieu (que decorre de sua percepção empírica de uma constituição concreta em operação, e não de postulações metafísicas), sendo o propósito da sociedade promover a liberdade política, não deve haver hierarquização entre poderes constituídos, pois tal hierarquização inviabilizaria a contraposição recíproca entre poderes.” CASTRO (2010, p. 156)

Embora reconhecessem, como o fizera Montesquieu,⁷¹ que a constituição inglesa era a mais adequada para o fim de proteger a liberdade política dos indivíduos, os constituintes franceses desejavam que a obra da Assembleia resultasse na melhor constituição que o engenho humano pudesse conceber. Isso porque na nascente constituição poderiam sobreviver incólumes todos os princípios abstratos de que a experiência inglesa foi impelida a abrir mão, pela necessidade de compor com os interesses ainda fortes da realeza. Pelo menos era isso que proclamavam os revolucionários constituintes em seus discursos, segundo apontado por DUGUIT (1893, p. 110), ao afirmarem que, ao contrário dos ingleses, os franceses deveriam consultar apenas os direitos e os interesses do povo a fim de formular sua constituição. Assim, na França de 1789 não havia mais obstáculos insuperáveis para que os impacientes constituintes elaborassem uma constituição baseada mais sobre princípios que sobre a experiência.

Na contramão dessa corrente majoritária estavam os constituintes que procuravam convencer seus pares da importância de dotar o poder Executivo de prerrogativas que lhe dessem condições de rivalizar com a onipotência do poder Legislativo. Dentre tais constituintes se encontrava Jean-Joseph MOUNIER (1875, p. 410), para quem o poder Executivo era digno de uma *“importância absolutamente igual”* à do Legislativo. Entusiasta do modelo político inglês, Mounier defendia na Assembleia Nacional Constituinte um sistema de monarquia constitucional, com divisão equivalente de poderes entre o Legislativo, composto por representantes eleitos pelo

⁷¹ Para CASTRO (2010, p. 155), Montesquieu encontrou na constituição inglesa de seu tempo um sistema institucional marcado por freios e contrapesos, o qual mais adequadamente servia para sustentar a liberdade política.

povo, e o Executivo, encarnado na pessoa do rei. Para que esse sistema funcionasse adequadamente, seria preciso que o rei detivesse parcela da soberania atribuída ao Legislativo, como forma de conferir ao Executivo meios de combater os possíveis excessos perpetrados pelo poder rival.

Embora fosse certo que MOUNIER (1875, p. 412-413) respaldasse o “*governo da lei*” como pressuposto desse novo regime monárquico, seu posicionamento destoava daqueles que equiparavam o rei a um simples funcionário público subordinado à lei – ainda que fosse o funcionário de mais alta hierarquia da administração pública. No sentido inverso, Mounier alçava o rei ao *status* de “*chefe da nação e representante da majestade do povo francês*”. Além disso, reconhecia no rei a titularidade de porção do poder Legislativo, visto que também era favorável a que o monarca detivesse a prerrogativa de vetar total ou parcialmente as leis elaboradas pela Assembleia.

Ao lado de Mounier, outros constituintes se destacaram na defesa da extensão dos poderes atribuídos ao poder Executivo. Na sessão de 30 de setembro de 1789, que iniciou as discussões do que viria a ser o art. 6º da seção I do capítulo IV da Constituição de 1791, Pierre-Victor Malouet (ASSEMBLÉE NATIONALE 1877, pp. 219-220) esforçou-se por convencer os demais deputados da importância de permitir a elaboração de regulamentos provisórios pelo rei, principalmente sobre matérias relacionadas à polícia administrativa e à economia. Em igual direção, também o visconde de Mirabeau indagou aos seus colegas constituintes sobre os riscos da onipotência do poder Legislativo:

“Eu vos pergunto, Senhores, se é neste momento que devemos enfraquecer o poder executivo já tão fragilizado e furiosamente atacado; neste momento em que temos uma liberdade tão vizinha da anarquia [...]. Eu ousaria perguntar à Assembleia se ela está segura de que as leis que ela vai produzir não deverão ser suscetíveis de alguma interpretação; se é assim, é preciso sem dúvida declarar que o rei não terá qualquer direito de fazer regulamentos; mas, ao contrário, tais leis não são feitas senão por homens sujeitos ao erro: é preciso conservar no poder executivo o cuidado de fazer redigir tais regulamentos. Essa permanência deve curar a aparente embriaguez das arrogadas prerrogativas do poder legislativo. (ASSEMBLÉE NATIONALE 1877, p. 220)” [tradução livre]

VERPAUX (1991, pp. 37-38) considera o posicionamento dos monarquistas revolucionários particularmente interessante para o estudo do poder regulamentar. Seguindo o raciocínio consoante o qual o rei é o verdadeiro chefe da nação, detentor da faculdade de eventualmente discordar da vontade manifestada pelos deputados eleitos pelo povo, nada impediria que também o monarca editasse normas gerais e impessoais capazes de rivalizar com a produção legislativa da Assembleia. É preciso lembrar,

contudo, que os partidários da paridade entre Executivo e Legislativo eram mais numerosos em 1789 que em 1791, ano em que foi aprovada a primeira Constituição francesa.

O texto constitucional aprovado em 1791, apesar do enfraquecimento do papel atribuído ao poder Executivo em razão das crescentes desconfianças contra o rei Luís XVI, não deixou de refletir nuances da corrente acima mencionada. Prova disso é o art. 2º do Título III de tal Constituição, o qual afirma que o rei é tão representante da nação quanto o corpo legislativo:

“Art. 2º A Nação, fonte única de que emanam todos os Poderes, somente os pode exercer mediante delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são o Corpo legislativo e o rei.” [tradução livre]

Apesar de o dispositivo acima transcrito aparentar uma equiparação entre ambos os poderes, o já resenhado art. 6º da seção I do capítulo IV da mesma Constituição apresentava provas justamente do contrário, do rebaixamento do poder Executivo em relação à lei. Ao restringir a atuação do rei à edição de *“proclamações conformes à lei, para ordená-la e cobrar-lhe a execução”*, os constituintes partidários da soberania absoluta do poder Legislativo não tinham outra intenção senão transpor para o direito francês a conotação que as proclamações inglesas ganharam a partir do ano de 1610. De acordo com DICEY (1915, p. 51), nessa data um protesto dos juízes firmou definitivamente a doutrina de que *“as proclamações reais não têm qualquer força de lei; elas servem para chamar a atenção do público para a lei, mas não podem elas mesmas impor a um homem qualquer obrigação ou encargo legal não estabelecidos pelo common law ou por Ato do Parlamento”*. Na Inglaterra de então, portanto, as proclamações não criavam direito, apenas faziam com que este fosse integralmente respeitado nos exatos limites em que havia sido produzido.

Nota-se bem que, no contexto dos debates relacionados à elaboração da Constituição de 1791, o poder regulamentar não era percebido como uma necessidade nem como uma realidade pela maioria dos constituintes (VERPEAUX 1991, pp. 39 e 81). Ao contrário, fica explícito que o desejo da maioria da Assembleia era de reduzir a atuação do poder Executivo à tarefa de velar pela observância das leis, por meio de expedientes destituídos do caráter de *regra de direito*, que apenas reproduzissem mecanicamente os comandos legais como forma de conduzir os cidadãos à obediência. A elaboração de *regras gerais e abstratas*, como já visto, era tida como exclusividade do poder Legislativo, sobrando ao Executivo a feitura de *atos de magistratura*,

irremediavelmente *particulares e concretos*. Era o espírito de Rousseau que impregnava a Assembleia.

Uma análise puramente positivista do texto constitucional de 1791 não deixaria qualquer dúvida quanto à completa inexistência de um eventual poder regulamentar sob a égide desse novo regime político. Ocorre que poder Executivo, num agir silencioso e eficaz, ultrapassou de fato fronteiras da simples repetição literal dos comandos da lei, a despeito do ordenamento positivo e dos teóricos inspiradores da Revolução. No intuito de demonstrar o pragmático soerguimento da função executiva a despeito de sua teórica subordinação, os próximos subitens abordarão as transformações do relacionamento entre os poderes Legislativo e Executivo ao longo das fases da Revolução Francesa, em meio às quais nasceria o poder regulamentar.

2.1.2. O precoce descasamento entre experiência e teoria durante a Monarquia Constitucional de 1791

A análise da coleção de leis editadas no período entre 1789 e 1792 expõe uma realidade bastante diversa daquela que supunha existir apenas dois níveis hierárquicos de atos normativos – as leis, gerais e abstratas, e os atos de magistratura, individuais e concretos –, cada qual sob a responsabilidade de um poder distinto (VERPEAUX 1991, pp. 87 e 89). A pesquisa empírica realizada por Michel Verpeaux⁷² demonstra não somente que também a Assembleia Nacional editava atos de execução de suas próprias leis, como prova que o rei chegou a formular atos normativos distinguidos pela inovação, generalidade e impessoalidade.

Surpreendentemente, a transgressão do princípio da separação dos poderes começou pelo próprio poder Legislativo, cuja conduta descortinou uma indisfarçável preocupação com a execução das leis que acabara de elaborar. Seguindo à risca a filosofia revolucionária, a Assembleia nutria pretensões de resolver definitivamente o problema da execução das leis mediante a elaboração de decretos⁷³ tão precisos e

⁷² Em sua obra “*La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*”, com o objetivo de demonstrar o surgimento do poder regulamentar em meio ao descolamento entre a teoria política e a realidade dos atos jurídicos, Michel Verpeaux analisou aos atos praticados pelos poderes Executivo e Legislativo ao longo das fases da Revolução Francesa. Para tanto, realizou pesquisa documental nos “*Archives Parlementaires*” – repertório de debates legislativos e políticos das câmaras francesas –, em “*Le Moniteur Universel*” – jornal surgido em 24 de novembro de 1789 com o objetivo de divulgar os discursos e os trabalhos da Assembleia Nacional da França – e na “*Collection complete des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d’État*”, de J.-B. Duvergier (VERPEAUX 1991, pp. 17-22).

⁷³ O termo *decreto* era empregado para designar as deliberações tomadas pela Assembleia, ao passo que a expressão *lei* era utilizada para representar tanto os decretos sancionados pelo rei, como uma entidade abstrata, sinônima de direito (VERPEAUX 1991, p. 91).

detalhados que pudessem e devessem ser cumpridos imediatamente e sem intermediação de outros atos ou poderes.

VERPEAUX (1991, pp. 105-107) cita como exemplo dessa categoria de leis supostamente perfeitas o decreto de 23 de julho de 1791, o qual dispunha sobre direitos de indenização por desapropriação estatal. O parágrafo 2 desse decreto era intitulado *Execução* e continha regras detalhadas e concretas para seu pronto cumprimento. Em que pese a pretendida suficiência dos decretos legislativos, Verpeaux identifica inúmeros casos em que a Assembleia julgou necessário editar novos decretos imbuídos da única finalidade de recordar os anteriores. Foi o caso do decreto de 10 de fevereiro de 1790, o qual, diante de novos tumultos nas províncias, destinou-se exclusivamente a relembrar a execução de um outro decreto, aprovado em 10 de agosto de 1789, que versava sobre o restabelecimento da ordem e da tranquilidade do reino. Ainda outro exemplo foi o decreto de 23 de junho de 1792, relativo à manutenção da tranquilidade pública, que apenas cingiu-se a chamar os cidadãos à obediência das leis vigentes. Tratava-se de tarefa inegavelmente assemelhada àquela que a Constituição de 1791 conferiu às proclamações do poder Executivo.

Em adição aos decretos extremamente detalhados e àqueles editados para recordar decretos anteriores, a Assembleia acreditou ser também necessária a adoção de *instruções* (VERPEAUX 1991, p. 109). Estas eram redigidas, deliberadas e votadas de acordo com o procedimento legiferante, e tinham a finalidade de guiar órgãos externos ao Legislativo no cumprimento de suas leis. Por vezes o grau de detalhe de tais instruções era tamanho que em seu bojo chegavam a constar modelos e formulários de atos concretos que deveriam ser produzidos em cumprimento das leis.

Não satisfeita de executar ela mesma os comandos legais, a Assembleia atribuía ao poder Executivo a missão de executar as leis, ao determinar que adotasse os *atos necessários* para tanto (VERPEAUX 1991, pp. 113-114). Distantes do que poderia configurar a existência de um poder regulamentar, esses atos necessários confiados ao Executivo, chamados imprecisamente de *ordens* ou *medidas*, não deveriam constituir regras gerais e abstratas, mas apenas atos de cunho eminentemente material e concreto. Era o que se podia ver dos decretos destinados a disciplinar a organização do exército, como aquele de 2 de julho de 1792, que delegava ao rei a atribuição de dar ordens para que os agentes da guarda nacional recebessem armas, equipamentos e roupas necessárias.

O papel da Assembleia na execução de suas leis era, portanto, múltiplo, como bem constatou Salle, por ocasião do julgamento da culpabilidade do rei Luís XVI, em julho de 1791:

“Com efeito, nas circunstâncias em que nos encontramos, cercados por todos os lados de agentes do Antigo Regime que contrariam a execução das leis novas, nós fomos com frequência obrigados, pelo bem maior da coisa, a assumir a responsabilidade pela edição dos atos administrativos. Nós temos governado; nós temos julgado; nós temos produzido decretos sobre a disposição da força pública; nós temos feito, em resumo, um amontoado de atos que, embora essenciais para o estabelecimento da Constituição, estavam fora da competência das legislaturas. (ASSEMBLÉE NATIONALE 1887, p. 322)” [tradução livre]

A assunção pelo Legislativo da atribuição de executar as leis, ou de as fazer executar, ainda que não permitisse cogitar de um poder de editar normas gerais e abstratas sob a responsabilidade do Executivo, pode ser considerado como um passo imprescindível para seu posterior surgimento. A atividade executiva da Assembleia ao menos serviu para constatar a necessidade da existência de uma categoria de normas jurídicas impessoais e abstratas destinadas a completar a imprecisão e as lacunas dos textos legais, ainda que tais regras secundárias fossem também elaboradas pelo próprio corpo legislativo. Demais disso, essa conduta atípica do Legislativo corroborou igualmente para negar a propaladas onipotência e autossuficiência da lei, pilares da filosofia revolucionária (VERPEAUX 1991, pp. 104 e 116).

Nesse cenário de completo cerceamento do poder Executivo, espanta que Verpeaux tenha encontrado vestígios da atuação do poder Executivo em extrapolação espontânea dos limites e delegações formalmente previstos ou suscitados pela Assembleia. Como já visto, a lógica positivada no texto constitucional de 1791 não permitia ao rei editar decisões jurídicas de caráter geral e abstrato. Entretanto, é fato que o monarca continuou a utilizar de práticas e linguagem jurídicas próprias do Antigo Regime para driblar o cerco à sua capacidade normativa, do que são exemplos os regulamentos, declarações e ordenações formuladas nos primeiros anos da Revolução. É evidente que o rei Luís XVI jamais aceitou docilmente as profundas transformações por que passou a França no verão de 1789, do que é prova a ordenação de 5 de julho de 1790. Por essa ordenação, o rei, após sancionar um decreto da Assembleia, detalhou regras adicionais para sua aplicação e declarou vigentes as ordenações de administração de 1788, até que fossem revogadas pela nova ordem. Vale lembrar que o decreto regulamentado pelo rei sequer mencionava normas jurídicas anteriores à Revolução (VERPEAUX 1991, pp. 117 e 121).

Além de empregar formas típicas do Antigo Regime, o rei passou a fazer uso crescente das *proclamações*, introduzidas no direito francês em fins de 1789, e posteriormente cristalizadas no art. 6º da seção I do capítulo IV da Constituição de 1791. Algumas dessas *proclamações* fizeram bem mais que simplesmente executar leis ou lembrar-lhes a aplicação. Certas *proclamações* consistiam em normas gerais e abstratas dirigidas não só aos órgãos e agentes da administração pública, mas também diretamente endereçadas aos cidadãos.

Ilustram essa espécie de *proclamação* de cunho nitidamente regulamentar aquelas editadas em 10 e 24 de abril de 1791, as quais disciplinavam a prestação dos serviços de mensageria nacional – transporte de pessoas, encomendas e cartas –, de carruagens e transportes aquáticos. Tais *proclamações* expediam regras tanto para os prestadores dos serviços públicos como para os usuários destes, sendo equiparáveis em conteúdo a uma norma legal. É interessante notar que o art. 36 da *proclamação* de 10 de abril de 1791 dispôs que “os regulamentos anteriores sobre mensageria serão executados quanto a tudo que não foi derogado pela presente *proclamação*”. Esse dispositivo demonstra que a *proclamação* sob exame não apenas formulou novas regras de direito como retirou do ordenamento jurídico normas precedentes, o que somente uma lei então poderia realizar (VERPEAUX 1991, pp. 134 e 139).

Era evidente, portanto, que as *proclamações* reais serviam de fato a mais tarefas que simplesmente ordenar ou recordar a execução de uma lei. As *proclamações* eram amiúde também utilizadas para completar decretos da Assembleia, ou mesmo para criar obrigações que os administrados deveriam cumprir ou proibições que deveriam respeitar, ainda que inexistissem leis prevendo a intervenção real mediante *proclamações*. Tome-se, por exemplo, a *proclamação* de 24 de abril de 1791, a qual mencionou como fonte não um decreto da Assembleia Nacional, mas uma outra *proclamação*, a de 10 de abril do mesmo ano, o que contrariava a literalidade da Constituição vigente:

“Ao fazer das *proclamações* atos de execução da lei, enquanto deveriam contentar-se em lembrar a existência desta, o rei ignora de uma só vez a letra e o espírito da Constituição e essa prática conduz a pôr em questão a constitucionalidade de tais atos. (VERPEAUX 1991, p. 141)” [tradução livre]

A questão da constitucionalidade das *proclamações* reais de caráter regulamentar não chegou a animar grandes debates na Assembleia Nacional. Mesmo assim, esse tema não passou despercebido por alguns dos deputados, que reclamaram formalmente da *proclamação* que objetivava proibir a exportação de grãos, a qual foi

editada por decisão de *movimento próprio* – independentemente de determinação legal (VERPEAUX 1991, p. 141). No entendimento dos deputados queixosos, executar a lei significava reafirmar seu conteúdo, e jamais formular textos novos. Do contrário, a separação constitucional de poderes, e conseqüentemente a própria liberdade dos cidadãos, estaria em sérios apuros.

Mesmo que relativamente desimportante para a história política da Revolução, os atos gerais e abstratos que o rei acreditou ter poder para editar após a Revolução, a despeito da Constituição de 1791, foram da maior importância para a análise jurídica do embrião do poder regulamentar. Se as *proclamações* reais que extrapolaram os contornos constitucionais não chegaram a marcar o nascimento do poder regulamentar, tendo em vista a quantidade pouco significativa delas e seu caráter frequentemente furtivo, ao menos elas servem para que sejam constados dois fenômenos. O primeiro é o reconhecimento da necessidade de elaboração de atos de execução das leis, seja para completar ou precisar-lhes a aplicação. O segundo é evidência do abismo que separa a afirmação dos princípios – a exemplo da onipotência da lei – e a realidade da prática, bastante mais diversa e surpreendente que teoria poderia imaginar (VERPEAUX 1991, p. 144). Dando seguimento a esse último fenômeno, e diante de novas necessidades, o período da Revolução Francesa seguinte à Monarquia Constitucional deu provas adicionais de inventividade.

2.1.3. A Convenção Nacional e a ditadura do Legislativo

Após a derrubada do rei Luís XVI em 10 de agosto de 1792, o regime constitucional foi sendo gradativamente substituído por um governo revolucionário, na medida em que seu funcionamento passou a se pautar em desacordo com as regras institucionais então vigentes. A partir dessa data a Assembleia Nacional convocou sufrágio universal para eleger uma Convenção Nacional de caráter constituinte, e atribuiu a si mesma o exercício do poder Executivo que a Constituição havia conferido ao rei, deflagrando ataque frontal ao princípio da separação de poderes. Assim, o poder Executivo foi delegado a um Conselho executivo provisório, composto por seis ministros escolhidos pela Assembleia. O exercício desse poder Executivo tornou-se ainda mais subordinado ao Legislativo, de onde aquele agora se originava, restringindo-se a promulgar as leis e a editar proclamações que fizessem ordenar ou recordar o cumprimento destas (VERPEAUX 1991, pp. 171-172).

Em 21 de setembro de 1792 foi constituída a Convenção, cuja missão primordial era elaborar uma nova constituição que redesenhasse as instituições francesas num cenário de ausência da monarquia. Já nos seus primeiros dias de vida, a Convenção instituiu um Comitê com o objetivo de redigir o novo texto constitucional. A maioria dos nove membros que o compunham era ligado à tendência *girondina*,⁷⁴ liderada por Condorcet. O relatório final apresentado por esse Comitê em fevereiro de 1793 sofreu severos ataques dos representantes filiados à corrente *montanhesa*,⁷⁵ a qual logrou encarregar um outro Comitê, o de salvação pública, da tarefa de reformular o texto da nova constituição (VERPEAUX 1991, 152-153). Poucas semanas depois o Comitê de Salvação Pública depositou o seu relatório final, e no dia 24 de junho de 1793 a nova Constituição foi aprovada. Importa ao estudo do nascimento do poder regulamentar analisar a relação entre os poderes Executivo e Legislativo tanto no projeto girondino quanto na Constituição aprovada.

No relatório de apresentação do projeto girondino de constituição, CONDORCET (1793, p. 13) descreveu a existência de um conflito entre os partidários do *sistema de unidade de ação* e aqueles que defendiam uma ação fracionada e equilibrada do poder, ou seja, a divisão de poderes entre diferentes órgãos. Enquanto criticava a instabilidade social e a imobilidade causadas pela divisão de poderes, Condorcet elogiava os defensores do modelo de ação única. Tal ação unitária daria movimento ao sistema social e comandaria todas as demais autoridades estatais, ao mesmo tempo em que seria limitada e regradada pela lei, sob a vigilância do povo. Por meio da manifestação de sua vontade geral, o povo teria a capacidade de combater as medidas que a autoridade máxima tomasse em detrimento do mandato recebido. Essa autoridade superior não seria outra senão a Assembleia.

Nesse cenário, todos os poderes estariam concentrados na Assembleia, a quem o povo delegaria sua soberania:

⁷⁴ Os girondinos, também conhecidos por brissotinos, eram os integrantes do grupo político chamado Gironda. Em sua maioria, os componentes desse grupo eram comerciantes oriundos das províncias francesas. Durante o período da Assembleia Nacional, a Gironda mantinha-se politicamente à esquerda, ao passo que, na Convenção, passaram a adotar postura considerada reacionária, em oposição aos *montanheses*. Entre seus membros mais ilustres estavam Brissot, Condorcet, Roland, Isnard e Buzot (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 61 e 73).

⁷⁵ Os montanheses compunham o grupo político chamado de Montanha, situado politicamente à esquerda dos demais durante a Convenção. Liderados por Robespierre, Danton, Marat e Saint-Just, esse grupo contava também com a participação de Billaud-Varenne, Carnot e Prieur. Contavam com o apoio do povo de Paris, dos clubes jacobinos, da pequena burguesia, dos artistas, dos pobres e dos “*cidadãos passivos*”, aqueles que não tinham o direito de votar (J.-J. CHEVALLIER 2001, p. 73).

“Assim, o poder de fazer as leis e aquele de determinar as medidas de administração geral, as quais não podem ser confiadas, sem perigo, a outras mãos que não sejam as dos representantes do povo, serão conferidos a uma Assembleia Nacional, e os outros poderes não serão encarregados senão de executar as leis as resoluções emanadas daquela. (CONDORCET 1793, pp. 13-14) [tradução livre]

A Constituição de 1793 tampouco atribuiu maior raio de atuação ao poder Executivo, representado por um Conselho cujos membros seriam eleitos pelo corpo legislativo. O art. 65 do mencionado texto constitucional deixa expresso que o Conselho Executivo “*somente pode agir para dar execução às leis e aos decretos do Corpo legislativo*”. Quer na Constituição aprovada pela maioria montanhês, quer no projeto girondino rejeitado, impõe-se concluir que a teoria constitucional desse período da Revolução Francesa não concedia espaço para o desenvolvimento de um poder regulamentar (VERPEAUX 1991, p. 161). Nesse tema, o ideário dos constituintes dessa época, apartando-se da doutrina de Montesquieu, apegou-se em demasia às lições de Rousseau sobre a indivisibilidade da soberania e à posição subalterna do poder Executivo.

A influência exacerbada de Rousseau sobre os constituintes de 1792-1793 pode ser percebida igualmente pela forma com que distinguiam os conceitos de lei e de decreto legislativo.⁷⁶ Ao criarem dois níveis distintos e desiguais de atos do Legislativo, depreende-se necessariamente uma diminuição da autoridade da Assembleia, corroborando-se a crescente desconfiança nutrida contra o sistema de representação da soberania popular por meio de um órgão colegiado. Ambos os projetos de constituição – o girondino e o montanhês – trouxeram mecanismos de controle popular que procuraram fortalecer a democracia direta ou semidireta. Ao passo que o projeto girondino limitou-se a prever um controle popular *a posteriori* da lei, a Constituição de 1793 conferiu ao corpo Legislativo apenas o poder de propor um projeto de lei, cuja deliberação era atribuição exclusiva do povo, consoante seu art. 10. Esse fenômeno representou um evidente retrocesso dos poderes atribuídos à Assembleia, se comparado às competências constitucionais desta no período monárquico (VERPEAUX 1991, pp. 164-165).

Em categoria menos nobre e com força jurídica inferior às leis estavam os decretos do corpo legislativo, dedicados a temas mais contingentes, de *administração geral*, segundo a designação de CONDORCET (1793, p. 15):

⁷⁶ Convém destacar que os decretos legislativos, ainda que tenham sido idealizados com a finalidade de executar textos legais, não podem ser considerados como manifestações de um verdadeiro poder regulamentar, em razão do fato de serem editados pelo mesmo órgão que produz as leis.

“As leis são suscetíveis de uma obediência provisória, tanto quanto elas o são de ser derogadas. É de sua natureza durar até que sejam revogadas por uma autoridade legítima; e elas não precisam ser renovadas em épocas predeterminadas. Os atos de administração, ao contrário, não têm senão uma duração determinada. Fixar a natureza dos impostos, estabelecer sobre que bases ele será repartido ou tarifado, determinar o modo de os arrecadar, consistem em verdadeiras leis; mas declarar qual será o montante desse imposto, aplicar os princípios da tarifa de maneira a produzir um dado resultado, são atos de administração geral.” (CONDORCET 1793, p. 15) [tradução livre]

No contexto teórico do projeto girondino, foram reservadas às leis as matérias consideradas mais importantes, a exemplo dos impostos, do direito penal, da moeda e da legislação civil. Aos decretos sobraram todos os demais temas de menor relevância (VERPEAUX 1991, p. 167). Embora lacônica a respeito dos efeitos da distinção entre leis e decretos, a Constituição de 1793 também prestabeleceu em seus artigos 54 e 55 que certas matérias seriam disciplinadas por lei e outras mediante decretos. Tendo em vista que tal Constituição jamais foi aplicada de fato, não se podem tecer maiores considerações sobre a comentada diferenciação.

Paralelamente às discussões teóricas sobre elaboração do novo texto constitucional, desenvolveu-se sob a Convenção toda uma legislação destinada a sistematizar o exercício empírico dos poderes públicos e a criar novos órgãos imbuídos dessa finalidade. O Comitê de Salvação Pública é o exemplo mais característico desse impulso da Convenção, cujo notável atributo consistia em ter concentrado em si, além do poder constituinte – como já visto –, todos os demais poderes. A esse respeito, MOREAU (1902 A, p. 75) chegou a afirmar que a reunião de todos os poderes na Convenção fez com que esta desempenhasse a todos de maneira indiferenciada, tratando desde temas de grande magnitude até de assuntos corriqueiros:

“Seus atos [da Convenção] adentram todos os detalhes sobre todos os assuntos, disciplinam desde os hospitais, os correios e a mensageria aos uniformes da infantaria leve, fornecem até mesmo os modelos das peças escritas que sua execução necessitaria.” (MOREAU 1902 A, p. 75) [tradução livre]

Em seguida à deposição do rei Luís XVI, o governo revolucionário não alterou de imediato o modo de execução das leis previsto na Constituição de 1791. Conforme já adiantado, o papel do rei foi substituído pelo Conselho Executivo Provisório, a quem a partir de então caberia promulgar os decretos da Convenção, transformando-os em leis, e dar-lhes estrita execução. Essa sistemática, por evidente, deveria funcionar transitoriamente, até a aprovação da nova Constituição. De acordo com VERPEAUX (1991, pp. 173-175), no período em que a Convenção aguardava a elaboração de um novo texto constitucional não houve espaço para que o referido Conselho executasse as

leis, mas tão-somente as promulgasse. Somente a partir de 6 de abril de 1793 – 19 do vindimiário do ano II, segundo o calendário revolucionário – é que esse tema passou a ser abordado diretamente pelos revolucionários.

Nessa data foi criado o Comitê de Salvação Pública, com o objetivo de solucionar o problema da inexecução das leis, então identificado como um grave entrave à Revolução. Em seu princípio, o Comitê foi encarregado de supervisionar a administração que foi confiada ao Conselho Executivo Provisório, visando cobrar-lhe maior eficiência. Com o passar dos meses e o agravamento da situação econômica e política da França, tanto interna como externamente, a Convenção editou em 10 de outubro de 1793 seu mais famoso decreto, por cujo art. 1º suspendeu a aplicação da Constituição recém-aprovada e inaugurou a institucionalização do governo revolucionário jacobino⁷⁷ mediante a célebre frase: *o governo provisório da França é revolucionário até a paz* (SAINT-JUST 1834, p. 185).

O comentado decreto foi introduzido à Convenção por meio de um relatório apresentado por Saint-Just em nome do Comitê de Salvação Pública. Nesse documento é relatada a situação caótica por que passava a administração pública francesa, infiltrada de traidores e cercada de inimigos estrangeiros. É também em tal relatório que SAINT-JUST (1834, p. 167) apontou a execução das leis como uma das principais preocupações do governo revolucionário, ao afirmar que *as leis eram revolucionárias, mas aqueles que as executavam não o eram*. Além da corrupção e dos desvios ideológicos que imputava aos agentes públicos, e também como resultado desses fatores, SAINT-JUST denunciava a ineficácia das leis deliberadas pela Convenção:

“Vosso comitê de salvação pública, situado no centro de todos os resultados, calculou as causas do infortúnio público: ele se encontra na fraqueza com que os vossos decretos são executados, na pouca economia da administração, na instabilidade das visões do Estado, nas vicissitudes das paixões que influenciam o governo.” (SAINT-JUST 1834, p. 168) [tradução livre]

Se Saint-Just⁷⁸ considerava impossível executar os decretos revolucionários da Convenção senão mediante um governo – entenda-se aqui poder Executivo – igualmente revolucionário, era imperioso instituir uma administração pública forte e

⁷⁷ O Clube dos Jacobinos – cujo nome completo é “*Sociedade dos Amigos da Constituição, situada nos Jacobinos*” – foi fundado em Paris nos meses finais de 1789. Seu objetivo era que constituísse um santuário do ardor revolucionário, aonde os militantes acorriam para recuperar sua vitalidade. Em pouco tempo os clubes jacobinos espalharam-se por várias cidades da França. Durante a Convenção, os jacobinos apoiaram em peso os Montanheses (J.-J. CHEVALLIER 2001, p. 44).

⁷⁸ Louis Antoine Léon de Saint-Just foi um dos aguerridos líderes do grupo político da Montanha, e um dos mais próximos de Robespierre, a que J.-J. CHEVALLIER (2001, p. 74) considerava a quintessência do espírito jacobino.

centralizada. O decreto de 10 de outubro teve, portanto, o objetivo de colocar todo o poder Executivo sob a supervisão do Comitê de Salvação Pública, o qual, por sua vez, prestava contas à Convenção. Era a intenção do governo revolucionário “*reforçar todos os nós de responsabilidade*” da rede administrativa estatal, era necessário “*dirigir o poder*”, torná-lo rápido e eficiente, visto que governar “*sem laconismo era impossível*” (SAINT-JUST 1834, pp. 178 e 184). O governo revolucionário via pela frente uma série de providências que deveria tomar de maneira enérgica, as quais entendia impraticáveis debaixo da nova Constituição:

“Vós deveis pôr em segurança os portos, construir prontamente numerosos navios de linha, reabastecer o Tesouro público, trazer de volta a abundância, aprovisionar Paris em estado de sítio até a paz; vós deveis preencher tudo de atividade, unir o exército ao povo e à Convenção nacional.” (SAINT-JUST 1834, p. 179) [tradução livre]

Nessa medida, o art. 4º do mencionado decreto consignava que as leis revolucionárias “*deveriam ser executadas rapidamente*”, enquanto o art. 6º afirmava peremptoriamente que era a “*inércia do governo a causa de todos os reveses*”, de modo a justificar a punição daqueles que retardassem a execução das leis (SAINT-JUST 1834, p. 185). Tais dispositivos representavam, de acordo com VERPEAUX (1991, p. 178), uma “*descoberta capital*” dos revolucionários jacobinos: “*mesmo uma Assembleia toda-poderosa, como era a Convenção em 1793, não passa de uma quimera se suas decisões não são aplicadas; a execução da lei aparece agora mais importante que a própria lei*”.

Dois meses mais tarde, em 4 de dezembro de 1793 – 14 do frimário do ano II –, a Convenção aprovou o decreto que é considerado a *constituição provisória* do governo revolucionário. O relatório de apresentação desse decreto foi elaborado por Billaud-Varenne, que reforçou os fatos e argumentos anteriormente apresentados por Saint-Just sobre a situação caótica da administração pública, e em favor de lhe conferir maior eficiência e centralização, em especial no que respeita à aplicação das leis:

“Sob a monarquia, o desprezo pela lei é o primeiro apanágio do homem investido de autoridade. Sob o reino da liberdade, sua observância rigorosa é o primeiro dever do funcionário público. Existe mesmo essa diferença: numa monarquia, a nação é tiranizada na proporção do vigor dedicado à execução das ordenanças do príncipe; e numa democracia, as injustiças e as humilhações se medem pelas infrações feitas às leis.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1911, p. 452) [tradução livre]

Billaud-Varenne (ASSEMBLÉE NATIONALE 1911, p. 453), externando o sentimento da Convenção, afirmou que a principal causa da deficiência administrativa na execução das leis estava no sistema de separação de poderes, no qual estes tinham a

função de se impedirem reciprocamente. Para ele, a melhor constituição seria aquela mais aproximada da natureza, em que existisse uma “*vontade*”, atuante sobre vários “*objetos*”, mediante “*ações*”. Estando a vontade centralizada no corpo legiferante – a Convenção –, suas ações determinariam rápida e uniformemente todos os demais órgãos da administração. Isso porque, segundo Billaud-Varenne, o corpo que diretamente participava da formulação das leis seria o maior interessado no sucesso de sua obra, o que justificaria seu envolvimento ativo e ardoroso também na execução dos comandos legais. O objetivo era “*não mais deixar qualquer separação entre o legislador e o povo*”, cortar intermediários – a exemplo das instâncias burocráticas da administração departamental – e aumentar o controle do governo revolucionário.

Amparado no argumento da conveniência da confusão total entre os poderes Executivo e Legislativo, então concentrados na Convenção, o falado decreto retirou do Conselho Executivo a tarefa de dar cumprimento aos decretos, ao mesmo tempo em que instituiu um boletim diário destinado a tornar públicas e obrigatórias as leis aprovadas (VERPEAUX 1991, pp. 179 e 183). Essa centralização das operações materiais de expedição das leis aos municípios fez com que o ato da publicação das leis de interesse público se tornasse mais importante que o ato de sua promulgação, confiada pelo novo decreto a agentes subalternos.⁷⁹

Além de detalhar procedimentos de execução das leis, o mencionado decreto abordou também a supervisão de sua aplicação. Enquanto a tarefa de executar as leis cabia às autoridades hierarquicamente inferiores, a supervisão era atribuída às instâncias mais altas, como forma de exercer controle político sobre as primeiras. Assim como ocorreu com as medidas executórias, o dever de supervisão igualmente corroborou a concentração de poderes na Convenção e, dentro desta, no Comitê de Salvação Pública. Foi nesse decreto que se intentou organizar toda a administração pública francesa pela primeira vez sob a forma de uma pirâmide de autoridades encarregadas tanto de aplicar as leis como de lhes supervisionar a aplicação, todas submetidas ao poder do citado Comitê (VERPEAUX 1991, p. 186).

Somente após o mês do termidor do ano II é que o Comitê de Salvação Pública, considerado responsável pela política do Terror,⁸⁰ passou a conhecer o declínio de seus

⁷⁹ A partir do decreto de 14 do frimário do ano II, a promulgação passou a ser efetuada por agentes públicos locais, com a simples leitura em voz alta dos textos de lei, ao som de trompa e tambor (VERPEAUX 1991, p. 183).

⁸⁰ O período conhecido como Terror iniciou-se após março de 1793, quando foi criado um Tribunal Criminal Extraordinário, responsável por julgar todo atentado contra a liberdade, a igualdade, a unidade e

poderes. O decreto de 24 de agosto de 1794 – 7 do frutidor do ano II – consagrou o achatamento das atribuições dos Comitês vinculados à Convenção, dentre eles o de Salvação Pública. Nele os Comitês foram advertidos de que não poderiam tomar *decisões* que ultrapassassem o escopo de uma lei anterior, cabendo à própria Convenção interpretar as lacunas e as obscuridades de suas leis. Em 27 de janeiro de 1795 – 8 do mês do pluvioso no ano III – foi editado pela Convenção decreto que diminuiu os poderes do Comitê de Salvação Pública, restringindo seu papel na execução das leis, e devolvendo participação às anteriormente alijadas administrações departamentais (VERPEAUX 1991, pp. 189 e 210).

Para fins do estudo do enraizamento do poder regulamentar, mostra-se interessante comentar o decreto de 24 de agosto de 1794. O fato de ter existido um decreto da Convenção com o objetivo de limitar a atuação de seus Comitês às fronteiras da lei provaria que estes, de fato, estavam habituados a tomar decisões eventualmente extralegis. Da mesma forma, o decreto de 10 de maio de 1795 – 21 do floreal do ano III –, editado para proibir o Comitê de Salvação Pública de tomar decisões relativas a medidas de execução pertinentes a matérias não relacionadas a seu raio formal de atuação, atestaria que tal Comitê representava até então o centro unitário das funções governamentais e administrativas da França revolucionária. Uma vez que todo o poder estava concentrado na Convenção, não lhe era possível desincumbir-se de sua presença permanente em todos os domínios da vida senão mediante delegação de sua capacidade de intervenção a outros órgãos a ela vinculados – os Comitês –, encarregados de tomar decisões necessárias ao cumprimento das leis (VERPEAUX 1991, pp. 210-213).

Da simples existência dos mencionados decretos não decorre necessariamente a constatação do nascimento do poder regulamentar. Sobre os atos produzidos em cumprimento a tais decretos da Convenção é que Michel VERPEAUX (1991, p. 248) se debruçou para demonstrar os primeiros sinais de vida desse poder. Como a concentração de poderes na Convenção e sua conseqüente delegação beneficiou o Comitê de Salvação Pública, em detrimento dos demais, foram os atos daquele que citado autor mirou com mais apuro. Não era sem razão que o falado Comitê era frequentemente chamado, no período da Convenção, de Comitê de Governo, embora o detentor oficial do poder Executivo ainda fosse o Conselho Executivo Provisório,

a indivisibilidade da República. Mais que uma Corte de Justiça, J.-J. Chevallier a considerava um órgão de alta polícia política. Posteriormente, esse tribunal foi transformado por Robespierre em Tribunal Revolucionário, por meio do qual esse líder jacobino procurou eliminar seus dissidentes, negando-lhes o direito de defesa e condenando-os à guilhotina (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 81 e 86-86).

reduzido em suas funções desde sua criação e finalmente extinto no 1º de abril de 1794 – 12 do germinal do ano II.

VERPEAUX (1991, p. 261) entende um ato regulamentar – conforme já adiantado no início deste trabalho – como uma norma de cunho geral e impessoal, abstrata, voltada para o futuro e dirigida ao público em geral, formulada por órgão diferente daquele que elabora as leis, e que contenha decisões inovadoras em relação a estas. Por mais amplos que fossem os poderes do Comitê de Salvação Pública, de acordo com a concepção acima, nem todas as suas decisões poderiam ser consideradas como regulamentares, já que muitas delas continham deliberações de caráter individual, concreto ou puramente interno à administração. As decisões consideradas simples atos de execução de leis englobam aquelas destinadas a organizar os poderes públicos, do que são exemplos as decisões do Comitê de Salvação Pública formuladas como consequência do decreto de 1º de abril de 1794, que substituiu os ministérios do Conselho Executivo Provisório por comissões executivas. Coube a esse Comitê decidir sobre a nova organização do governo revolucionário. Da mesma forma são decisões meramente executórias aquelas tomadas para requisitar e arregimentar cidadãos para o esforço de guerra, em cumprimento às leis marciais da Revolução (VERPEAUX 1991, pp. 255-258).

Já as decisões do Comitê de Salvação Pública com caráter regulamentar geralmente correspondiam àquelas relacionadas ao domínio econômico ou militar. Ilustram essa categoria de decisões regulamentares a de 31 de julho de 1794, que ordenou a todos os agricultores que abastecessem os mercados em quantidade suficiente de grãos e outros alimentos, assim como a decisão de 22 de julho do mesmo ano, que obrigou os prisioneiros de guerra ao trabalho forçado nas colheitas em distritos do interior do país (VERPEAUX 1991, pp. 263-264). Muitas vezes tais decisões vinham acompanhadas da previsão de medidas sancionatórias a serem impostas contra os indivíduos que descumprissem as determinações do Comitê, a exemplo da pena de detenção imposta pela decisão de 23 de agosto de 1794 ao meeiro ou arrendatário agrícola que descumprisse suas obrigações de cultivo e suprimento de alimentos aos soldados em guerra pela França (VERPEAUX 1991, p. 267). Uma norma inferior à lei que detalhe as condutas sujeitas à sanção representa um caso típico e incontestável de ato regulamentar.

A pesquisa realizada por VERPEAUX (1991, p. 266) demonstrou que várias das decisões do Comitê de Salvação Pública tinham o objetivo de interpretar normas

jurídicas preexistentes, como leis ou mesmo decisões do próprio Comitê. Todavia, para que tivessem caráter regulamentar, esse autor salientou que as decisões deveriam conter regras novas em relação ao texto normativo interpretado, não podendo corresponder a simples repetição ou comentário de textos legais. É justamente o caso das decisões acima resenhadas, as quais inovavam em relação às leis e decretos aprovados pela Convenção.

Para que se reconhecesse no período da Convenção o nascimento de um verdadeiro poder regulamentar faltaria ainda, como já visto, a identificação de mais um traço característico essencial: a origem dos regulamentos em órgão distinto daquele responsável pela elaboração das leis, visto que a existência de um poder regulamentar pressupõe dois poderes separados. É sabido, contudo, que o Comitê de Salvação Pública consistia formalmente em órgão vinculado à Convenção, guardião do poder Legislativo. Da mesma forma, aqui já foi explicado que nesse período jamais o Executivo deixou de existir como poder apartado do Legislativo, ainda que desempenhasse funções extremamente reduzidas e mecânicas. Por outro lado, é inegável que o Comitê de Salvação Pública exerceu de fato funções que em tudo se assemelhavam àquelas consideradas típicas de um poder Executivo.

Nas sessões da Convenção que antecederam a criação do Comitê de Salvação Pública, a extensão das funções desse órgão e sua eventual independência em relação ao poder Legislativo foram objeto de intensos debates entre os convencionais. Em 5 de abril de 1793 (ASSEMBLÉE NATIONALE 1902, pp. 341-342), ao criticar com veemência o estado de inércia em que então se encontrava o poder Executivo, limitado a tomar decisões previamente aprovadas pela lei, o deputado Maximin Isnard conclamou seus colegas a votarem em favor da criação de um novo órgão que pudesse preencher a lacuna verificada no campo da execução das leis. Ao mesmo tempo, Isnard deixou claro que nenhum dos comitês então existentes seria capaz de suprir essa falta de agilidade, pois dispunham de muitos membros, os quais eram obrigados a perder tempo em deliberações infrutíferas e abertas ao público.

Corroborando tais argumentos, Jean-Jacques Bréard afirmou ser preciso *“investir alguns membros da Convenção do poder e da confiança necessários para supervisionar o trabalho do poder Executivo”*. Ainda segundo esse deputado, o Comitê formado por tais membros teria a *“prerrogativa de suspender as ordens dadas pelo poder Executivo, se consideradas prejudiciais aos interesses da República”*. O deputado Bertrand Barrère, por sua vez, salientou aos demais colegas que *“nada*

haveria que temer de um órgão sempre responsável perante a Convenção Nacional”, a quem não caberia fazer lei alguma. Sua proposta de Comitê de Salvação Pública poderia ser resumida na criação de um órgão “*sem poder sobre a liberdade civil, deliberando sem publicidade e sem poder independente da Assembleia Nacional sobre os casos e medidas urgentes de salvação pública, pressionando a ação da administração executiva e prestando contas à Convenção*” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1902, pp. 342-343). Não haveria tirania, à exceção da legítima ditadura da lei,⁸¹ ainda consoante Barrère:

“Fala-se sem cessar de ditadura! Conheço apenas uma que seja legítima, que seja necessária, e que a nação a tenha desejado, esta é a Convenção Nacional; é por vocês que a nação exerce a ditadura sobre ela mesma; e eu creio firmemente que seja a única ditadura que os homens livres e esclarecidos possam suportar.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1902, p. 343) [tradução livre]

De acordo com VERPEAUX (1991, p. 271), a polêmica verificada entre os deputados em torno da possibilidade de instauração de uma ditadura comandada pelo Comitê de Salvação Pública escondia, em verdade, uma discussão pertinente à aplicação do princípio da separação de poderes ao novo quadro institucional. Por mais que os deputados favoráveis à criação do Comitê sustentassem a dependência e a subordinação deste em relação à Convenção, deixavam nas entrelinhas de seus discursos uma provável confusão entre as funções legislativas e executivas nesse novo órgão. Isso porque o Comitê deveria sobrepor-se a todos os ramos da administração pública e, ao mesmo tempo, ostentar a dignidade atinente ao poder Legislativo, segundo as palavras do deputado Jacques Alexis Thuriot:

“É preciso que exista entre a Convenção e o Conselho Executivo um ser que zele pela administração. Esse ser particular não pode ser de maneira alguma criado por outro ente senão pela representação nacional, de modo a ter a dignidade, o caráter que lhe convém; é preciso ainda que esse ser seja uma emanção da representação nacional; é preciso que sejam representantes do povo que componham esse comitê, sem o que este não terá confiança, sem o que seus atos não terão todo o efeito que lhes seria desejado. É incontestável, em princípio, que a Convenção, que representa a massa do povo, deve exercer todos os ramos da administração; é incontestável que ela tem o direito de delegar esse poder, essa supervisão, a uma porção de seus membros.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1902, p. 376) [tradução livre]

Não eram infundados os argumentos dessa minoria receosa da Convenção, como a história tratou de demonstrar. Na prática, o Comitê de Salvação Pública exerceu poder bem mais extenso que a simples supervisão das atividades do Conselho Executivo. Como já visto, muitas das decisões do Comitê tinham cunho essencialmente regulamentar e sequer necessitavam de algum ato ratificador da Convenção para que

⁸¹ Sobre a concentração de poderes no poder Legislativo durante a Convenção, J.-J. CHEVALLIER anotou que Marat, líder montanhês, designava-a de “*despotismo da liberdade*”.

surtissem plena eficácia, o que atestava que esta última não exercia nenhum controle formal sobre as ações do primeiro. Outro fato que confirmava o peculiar poder do Comitê era o decreto de 13 de março de 1794 – 23 do ventoso do ano II –, que igual punição estabelecia aos funcionários públicos que descumprissem comandos contidos em lei e em decisões do Comitê. Portanto, se é certo que o Comitê de Salvação Pública não figurava como órgão formalmente independente do poder Legislativo, é igualmente verdadeiro que desempenhava funções típicas do poder Executivo, participando ativamente da execução das leis (VERPEAUX 1991, p. 276). Esse é o testemunho do deputado Denis Toussaint Lesage à sessão de 9 de maio de 1795 – 20 do floreal do ano IV – da Convenção Nacional, ao descrever o relacionamento do Comitê com as comissões executivas:

“Assim as comissões executivas que eram já nulas, mas cuja nulidade era tanto produto da lei quanto da usurpação dos Comitês, foram legal e cuidadosamente destruídas; os comissários executivos não eram mais que secretários, que escribas; os membros do Comitê não formavam mais um simples Conselho de execução para a deliberação de medidas de salvação pública; não eram mais simples supervisores, eram diretores da administração geral, digamos a palavra certa, eram administradores propriamente ditos, eram os ministros.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 A) [tradução livre]

Ainda que o Comitê de Salvação Pública fizesse de fato as vezes do poder Executivo, como chegou a afirmar Lesage, seria incorreto registrar o nascimento do poder regulamentar de um ventre organicamente pertencente à Convenção, ou seja, ao Legislativo. Existiram, portanto, verdadeiros regulamentos sem que houvesse um legítimo poder regulamentar. Aparenta ser mesmo um paradoxo que, sob um período marcado pela ditadura do legislativo, tenham surgido atos executórios gerais e abstratos que, embora editados por um órgão subordinado à Convenção, escaparam ao controle desta. Entretanto, essa aparência é explicada na medida em que se constata nesse período o desenvolvimento das relações entre a administração e a execução das leis; em que se evidencia a necessidade de atribuir margem decisória aos órgãos encarregados de fazer cumprir as leis; em que se percebe a importância da emissão de atos gerais e impessoais de modo a conferir eficácia e rapidez ao exercício da atividade executiva (VERPEAUX 1991, p. 278).

O nascimento do poder regulamentar somente viria a acontecer no período final da Revolução Francesa, denominado de Diretório. A queda de Robespierre em 27 de julho de 1794 – 9 do termidor do ano II – promoveu uma reorientação da maioria parlamentar na Convenção em direção ao centro, dando cabo ao governo revolucionário instaurado em 1793. Uma nova constituição se fazia necessária para readequar as

instituições políticas às tendências antimonarquias que levaram ao fim do Terror. Abria-se caminho para a aprovação da Constituição de 1795, uma verdadeira contraconstituição de 1793, na medida em que abandona as ideias de Rousseau sobre a unidade da soberania,⁸² institui a separação de poderes à moda de Montesquieu, rejeita o sufrágio universal e direto, reinstituindo o voto censitário (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 97-99).

2.1.4. O Diretório e o afloramento de um verdadeiro poder regulamentar

A preocupação com o estabelecimento de uma separação rígida de poderes foi a marca da Constituição de 22 de agosto de 1795 – Constituição do 5 do frutidor do ano III. Em lugar do sistema unicameral, instituíram-se duas câmaras cujas forças tenderiam a se anular reciprocamente: o Conselho dos Quinhentos e o Conselho dos Anciãos. Também no intuito de fragmentar o poder detido pelo Executivo, sua representação passou a ser exercida conjuntamente por cinco diretores nomeados pelo poder Legislativo: o Diretório (J.-J. CHEVALLIER 2001, p. 98). Ao contrário do que ocorria no sistema constitucional anterior, o Executivo então passava a ser capaz de exprimir uma vontade própria, no intento de fazer frente à onipotência do Legislativo. Isso não significava, contudo, uma anulação do poder Legislativo. O novo sistema constitucional republicano visava construir um Executivo que ao mesmo tempo reunisse em si ação e pensamento, mas que não acumulasse forças suficientes para que pudesse desbordar em tirania (VERPEAUX 1991, p. 289).

O fortalecimento do poder Executivo era a linha-mestra que traçava Boissy d'Anglas em seu discurso preliminar à apresentação do projeto de constituição:

“Vós deveis criar um governo firme sem que seja perigoso, tornar seu movimento rápido e pôr limites à sua atividade; distinguir o poder que faz as leis sem o enfraquecer; desapressar a marcha legislativa, pondo-a ao abrigo de toda precipitação funesta sem paralisar sua energia; combinar os poderes de sorte que sua reunião opere o bem e que sua oposição torne o mal quase impossível; (...) circundar o poder executivo de uma autoridade e uma dignidade que o faça respeitado no interior e considerado no exterior, sem que possa inspirar alarmes à liberdade.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 B) [tradução livre]

A necessidade prática de uma ação executiva forte já havia sido demonstrada durante a Convenção, como visto anteriormente. O que então se pretendia com o novo regime constitucional, todavia, era dotar tal ação executiva de uma legitimidade

⁸² A doutrina de Rousseau foi afastada não apenas no que toca à indivisibilidade da soberania, mas também quanto à necessidade da existência de uma “*religião civil*” como forma de criar a unidade do corpo social, como bem anotou CASTRO (2005). A queda de Robespierre representou também, portanto, o fim do totalitarismo da ideologia revolucionária jacobina (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 87-89).

equiparável à do poder Legislativo. Para tanto, e antes de tudo, mostrava-se inevitável lutar contra o preconceito e a desconfiança naturalmente identificados na figura do monarca, ainda bastante viva no imaginário político francês de então. Imbuído dessa missão, Pierre Daunou explicava em seu discurso de 22 de julho de 1795 que o receio nutrido contra o rei era inteiramente justificado, mas o mesmo não se podia dizer do poder Executivo que tencionava instaurar:

“(…) hoje que a organização desse poder [executivo] não pode ser adaptada a interesses de tiranos, mas às necessidades do Povo e às noções mais justas do estado social; hoje, Cidadãos legisladores, vós não podeis, sem o maior dos perigos, aportar na constituição do governo republicano o espírito que vos animáveis em 1790, quando se cuidava verdadeiramente de desorganizar o governo monárquico.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 C). [tradução livre]

No mesmo sentido, Boissy d’Anglas pregava que o poder Executivo “*não deveria causar desconfiança alguma*”, e que era preciso “*esquecer a impressão que causaram antigas denominações que mudaram inteiramente de sentido*”. E continuava afirmando que:

“Outrora o poder executivo era a força do trono, hoje ele será a da República. Vós sempre o atacastes e o enfraqueceastes, porque vós querieis derrubar o trono que vos ameaçáveis. Hoje vós deveis o fortificar, pois vosso objetivo não é mais o de destruir, mas o de conservar o governo; vós deveis o circundar de poder, de consideração e de magnificência; vós deveis afastar para longe dele tudo o que pode oprimi-lo e depreciá-lo, porque ele é também depositário de uma porção considerável do poder do Povo.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 D) [tradução livre]

Mais do que simplesmente apagar o quadro pintado de desconfiança contra o Executivo, d’Anglas pretendia recolorir a tela. Ao empregar a expressão “também” ao se referir ao Executivo, Boissy d’Anglas pretendeu situá-lo sobre o mesmo plano do Legislativo, de maneira a imprimir-lhe legitimidade igual àquela reputada às Assembleias. Os constituintes de 1795 haviam percebido, após a experiência da Convenção, que a onipotência do poder Legislativo poderia ser tão perigosa quanto um Executivo sem limites. É por essa razão que o sistema de equilíbrio entre poderes distintos voltou à ordem do dia, substituindo-se Rousseau por Montesquieu (VERPEAUX 1991, pp. 291-293).

O crescimento da importância do Executivo no novo modelo constitucional também foi acompanhado de uma reflexão do papel que esse desempenhava. Voltaram à tona antigas metáforas que relacionavam a distinção entre “*ação*”, de um lado, e “*pensamento*” ou “*vontade*”, de outro. Eram metáforas que haviam sido utilizadas por Rousseau para diferenciar Executivo e Legislativo. Nesse novo cenário, entretanto, tais expressões foram empregadas para distinguir duas funções internas ao próprio poder

Executivo: o governo encarnando o “*pensamento*”, e a administração fazendo as vezes da “*ação*”. Para os constituintes no ano III, portanto, o Executivo não se reduziria a traduzir decisões legislativas em atos materiais, consoante a visão rousseauiana sobre o tema, sendo igualmente sede de um “*pensamento*” e de uma “*vontade*”.⁸³ Nesse sentido, se o Executivo era capaz de ter uma “*vontade*”, é de se supor que também seria apto a produzir atos jurídicos de caráter geral e impessoal, ao estilo dos atos legislativos (VERPEAUX 1991, pp. 295-296). Trata-se de uma guinada ideológica que semeou o campo para o posterior despontar do poder regulamentar.

Em que pese o desejo dos constituintes de guarnecerem o Diretório de maiores prerrogativas decisórias, a sua função executiva persistiu formalmente subordinada ao poder Legislativo, tal qual nos períodos anteriores. Na maioria dos casos, as leis não delegavam ao Diretório senão o trato das “*medidas de execução*”. Entre a vontade de fortalecer o Executivo e a persistência do reconhecimento do Legislativo como poder superior revelou-se o paradoxo que constitui um dos elementos mais importantes da história do poder regulamentar. Essa ambiguidade fundamental pode ser lida nas sucintas palavras do constituinte Jean-Baptiste Mailhe, proferidas quando da discussão sobre procedimento eleitoral dos membros do Diretório:

“É preciso sem dúvida que o diretório seja investido de uma grande autoridade; porque todo governo que não seja suficientemente forte para assegurar a execução das leis não é mais um governo, é uma anarquia; mas também o que seria da República se ele [o diretório] pudesse se valer de um caráter superior àquele do corpo legislativo?” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 E) [tradução livre]

Ainda com mais precisão, e também em meio à mesma discussão acima referida, o deputado Joseph Lakanal descortinou o âmago das ambiguidades do poder Executivo sob o regime do Diretório:

“Vossa vontade se inclina pela divisão dos poderes constitucionais, porque vós quereis o governo das leis, e não o governo dos homens; (...) No sistema de Jean-Jacques Rousseau, o poder executivo seria um poder legislativo subalterno, encarregado de todas as disposições particulares e de todos os atos do governo que recaíssem sobre objetos individuais (...). Nessa ordem de coisas em que me parece se encontrar vossa comissão, persegue-se o estabelecimento das leis, assegura-se a sua execução por meio da instituição de um governo, mas foi feito um acordo necessário entre os dois poderes,

⁸³ O art. 132 da Constituição de 1795 delegou o poder Executivo ao Diretório, que passou a deter a prerrogativa de tomar decisões, de acordo com o correspondente art. 142. Por seu turno, os ministros eram considerados os primeiros funcionários públicos da administração, e podiam apenas seguir estritamente a política decidida pelo governo, representado pelo Diretório:

“Art. 132. O Poder executivo é delegado a um Diretório de cinco membros, nomeado pelo Corpo legislativo, que exercerá a função de Assembleia eleitoral em nome da Nação.

(...)

Art. 142. O Diretório executivo não pode deliberar sem a presença de ao menos três de seus membros.”

deram-se garantias às leis? Ou vosso poder executivo é encarregado apenas da execução material e literal das leis; e, nesse caso, o poder executivo que se vos propõe é uma superfetação ruínosa (...). No momento em que o poder executivo não mais tiver independência, ele não terá senão uma existência conflituosa e precária que lhe retirará toda dignidade, e essa depreciação se alastrará rapidamente a todas as suas funções; o equilíbrio de poderes é rompido, a liberdade não existe mais. Ou a ele se estende o poder e a autoridade que ainda não se teve o cuidado de limitar e circunscrever, e nesse caso existe na constituição uma lacuna que será indispensável preencher.” (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 E) [tradução livre]

Michel VERPEAUX (1991, p. 324) enxerga no depoimento de Lakanal um resumo fiel das contradições abarcadas pelo poder Executivo sob o Diretório: “*era um poder forte, mas desprovido constitucionalmente de meios jurídicos para editar atos de caráter geral e impessoal, ainda que destinados à aplicação das leis*”. Isso porque o art. 144 da Constituição de 1795 fazia referência expressa a que as proclamações editadas pelo Diretório fossem “*conformes às leis e para a sua execução*”,⁸⁴ o que poderia denotar uma ausência de espaços de criação normativa delegados ao Executivo.

Embora a Constituição de 1795 não tenha contribuído para uma real definição de “*execução da lei*”, os debates em torno de sua elaboração foram permeados de revelações que, de certa forma, anteciparam o que mais tarde viria a ser a praxe político-administrativa do Diretório. Sieyès (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 F), então deputado constituinte, deixou clara a sua opinião favorável à instituição de um governo, a que chamou “*júri de execução*”, dotado de capacidade normativa necessária para a observância das leis. Ao expor sua teoria constitucional lastreada no princípio geral do equilíbrio entre poderes,⁸⁵ Sieyès diferenciava no seio do poder Executivo a função de “*governo*”, a qual considerava ser puro “*pensamento*”, da função propriamente executiva, tida como simples “*ação*”. Segundo esse experimentado constituinte, existiria ao lado da “*grande legislatura*” uma “*legislatura de execução*”, composta pela “*grande massa decisões a tomar e de regulamentos a elaborar sob o nome de decisões [arrêts] ou qualquer outro*”.

Na fala de Sieyès se encontram, pois, os primeiros elementos concretos do reconhecimento da existência de textos normativos de cunho regulamentar empregados para a execução das leis. Nela também se acha um dos mais antigos vestígios do uso do termo “*decisão*” [“*arrêté*”] para designar tais atos normativos regulamentares, a

⁸⁴ Constituição de 1795:

“Art. 144. O Diretório zela, segundo as leis, pela segurança exterior ou interior da República. Ele pode editar proclamações conformes às leis e para a sua execução. (...)”

⁸⁵ Sieyès (ASSEMBLÉE NATIONALE 1795 F) remarcava que *dividir* os poderes era necessário para *impedir o despotismo*, mas era ao mesmo tempo *imprescindível* que houvesse *centralização para evitar a anarquia*.

despeito da inexistência de qualquer menção a seu respeito no corpo da Constituição de 1795. É justamente por meio da edição de tais decisões do Diretório que viceja pela primeira vez um verdadeiro poder regulamentar na França (VERPEAUX 1991, p. 325).

É preciso lembrar que a referência constitucional às proclamações, contida em seu art. 144, limitava-as à mera reprodução mecânica das leis para lhes dar fiel cumprimento, o que não denotava qualquer delegação ao Executivo para editar atos gerais e impessoais de execução legal. Nesse contexto, vê-se nascer o poder regulamentar à margem das dicções literais da Constituição de 1795, nutrido antes pela prática político-administrativa do Diretório que por uma autorização expressa do ordenamento jurídico vigente (VERPEAUX 1991, p. 356).

Nem todas as decisões do Diretório continham, entretanto, caráter regulamentar. Havia dentre eles também atos normativos que não traziam resolução inovadora em relação à lei, mas apenas interpretações sobre a forma de aplicação desta. As atenções deste estudo, todavia, recaem exclusivamente sobre as decisões de Diretório que podem ser classificadas como propriamente regulamentares. De acordo com VERPEAUX (1991, p. 357), são regulamentares os atos praticados por autoridade diferente do corpo legislativo os quais compreendem disposições gerais, abstratas e impessoais não destinados apenas a interpretar legislação anterior, devendo conter medidas novas e suscetíveis de serem aplicadas diretamente aos administrados tanto quanto as leis.

Certas decisões regulamentares do Diretório visavam disciplinar diretamente atividades específicas dos administrados, enquanto outras se destinavam a regulamentar serviços ou estabelecimentos públicos. No primeiro caso, as decisões do Diretório objetivavam regulamentar ou proibir uma atividade dos particulares e eram relacionadas à manutenção da ordem, em seu sentido amplo. Recaem no conceito de polícia administrativa, ainda que este não fosse bem delineado no direito revolucionário francês.⁸⁶ De todo modo, pode-se afirmar que abrangiam as noções de segurança, tranquilidade, higiene e bons costumes. O art. 356 da Constituição de 1795⁸⁷ chegou a prever que determinadas profissões poderiam sofrer limitações por razões de costumes públicos, segurança ou saúde dos cidadãos. De igual maneira, a parte inicial do art. 144

⁸⁶ A decisão do Diretório de 10 de junho de 1797 – 22 do prairial do ano V –, entretanto, afirma que o objeto da polícia administrativa é *a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e cada parte da administração geral*, além de preocupar-se *principalmente com a prevenção de delitos* (VERPEAUX 1991, p. 360).

⁸⁷ Constituição de 1795:

“Art. 356. A lei supervisiona particularmente as profissões que interessam aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos; mas não se pode condicionar a admissão ao exercício dessas profissões ao pagamento de qualquer prestação pecuniária.

atribuía ao Diretório a responsabilidade por manter a segurança interna e externa, o que remete à preservação da ordem em geral (VERPEAUX 1991, p. 358).

Algumas decisões do Diretório fizeram menção expressa a seu enquadramento como regulamento *“de polícia”*. Foi o caso da decisão de 14 de fevereiro de 1796 – 25 do pluvioso do ano IV –, relativa à polícia dos espetáculos, a qual dedicou especial enfoque às apresentações teatrais. Sobre tal decisão, VERPEAUX (1991, pp. 358-359) chama atenção para o fato de ter sido o poder Executivo, o Diretório, o responsável por editar a disciplina do exercício das profissões relacionadas ao teatro, em detrimento do art. 356 da Constituição, que atribuía tal competência à lei. Consoante esse autor, o termo *“lei”* foi entendido *“no sentido de regra geral de direito editada pelo Estado, o que constituiria um retorno à significação que essa palavra possuía sob o Antigo Regime, e uma ruptura com os princípios erigidos em 1789”*. Nesse caso, percebe-se que o poder Executivo sequer precisou de autorização legal direta ou indireta para exercer sua capacidade de inovar no ordenamento jurídico mediante normas gerais e abstratas.

Ainda no âmbito dos regulamentos de polícia, notam-se inúmeras decisões do Diretório com o escopo de controlar os deslocamentos de franceses para o exterior e de estrangeiros para o interior da França. Esse era um tema caro à manutenção da ordem pública, tendo em vista que a França ainda vivia momentos turbulentos sob o plano militar. Exemplo dessa atuação é a decisão de 10 de fevereiro de 1799 – 22 do pluvioso do ano VII –, que regulamentou a aplicação da pena de perda de direitos políticos aos franceses que houvessem aceitado exercer funções públicas oferecidas por governos estrangeiros. Tal decisão, ainda que escorada no art. 12 da Constituição, inovou em relação ao ordenamento jurídico ao normatizar a forma como os agentes da administração pública aplicariam a pena, o que poderia se supor matéria exclusiva do legislador (VERPEAUX 1991, p. 362).

Houve ainda decisões regulamentares que, sob o argumento de manter a ordem em tempos de guerra, intervieram no domínio econômico. Foi o que ocorreu com a decisão de 10 de novembro de 1796 – 20 do brumário do ano V –, que determinou que as mercadorias nacionais fossem distinguidas dos produtos ingleses por um signo indicativo de fábrica (VERPEAUX 1991, p. 362).

Ao lado dos regulamentos de polícia, havia as decisões do Diretório relativas ao funcionamento da administração pública. Uma espécie de tais decisões consistia em fixar previamente um quadro geral em que se inscreveriam as condutas a serem

executadas pelas autoridades administrativas subalternas. Embora obrigatórios, esses regulamentos ditos “*de administração pública*” restringiam-se ao âmbito interno da ação governamental. De outro tipo eram os regulamentos que miravam a organização de uma determinada administração ou atividade públicas, como a decisão de 26 de setembro de 1798 – 5 do vindimiário do ano VII –, a qual disciplinava os padrões de remuneração, horário e material de escritório dos funcionários públicos (VERPEAUX 1991, pp. 364-266).

Por último, encontravam-se as decisões regulamentares que não diziam respeito à manutenção da ordem pública ou à disciplina interna da administração. Cuidavam de atos gerais e impessoais que intervinham em variados setores da atividade social, geralmente relacionados à regulamentação econômica ou a certos aspectos que poderiam ser classificados como “*serviços públicos*” em acepção ampla.

No campo dos serviços públicos, cita-se como exemplo emblemático que a decisão do Diretório de 18 de outubro de 1797 – 27 do vindimiário do ano VI – inovou em relação à lei de 30 de setembro de 1797 – 9 do vindimiário do ano VI –, a qual fixou a remuneração pela postagem de cartas e proibiu isenções. Por meio da referida decisão, todavia, o Diretório estabeleceu a dispensa aos cidadãos indigentes do pagamento para a postagem de cartas dirigidas ao Diretório e aos ministros. Dessa forma, o poder Executivo foi além do que previa a lei e fez mais que disciplinar um serviço previsto em lei; ampliou direitos diretamente fruíveis pelos administrados (VERPEAUX 1991, pp. 370-371).

O controle de atividades privadas também foi objeto das decisões do Diretório, como atesta a decisão de 23 de dezembro de 1797 – 3 do nivoso do ano VI. Essa decisão estabelecia que os cessionários, herdeiros e legatários de cidadãos titulares de permissão de exploração de minas, salinas e usinas deveriam requerer autorização especial à administração central do departamento em que se encontrar o chefe local de exploração (VERPEAUX 1991, p. 373). Também ilustrativa é a decisão do Diretório de 21 de fevereiro de 1796 – 2 do ventoso do ano IV –, que regulamenta as operações da bolsa de valores de forma a prever disposições mais draconianas que aquelas estatuídas em lei (VERPEAUX 1991, p. 400). Apesar de se pretenderem atos de execução de leis anteriores, as citadas decisões criaram, mediante regras gerais e abstratas, exigências não estipuladas previamente em texto legal.

Dada a sempre viva cultura da onipotência da lei, as decisões regulamentares do Diretório comumente se esforçavam por referenciar algum texto legal como base de sua

sustentação jurídica. Muitas vezes, os regulamentos fizeram interpretação extensiva dos poderes que a lei parecia confiar ao Executivo. Tome-se como exemplo o caso do art. 35 da lei de 5 de setembro de 1797 – 19 do frutidor do ano V –, que continha medidas de salvação pública relacionadas a jornais, postos sob inspeção estatal durante um ano, sujeitos à proibição. Por sua vez, a decisão do Diretório de 13 de novembro de 1797 – 23 do brumário do ano VI –, que visou regulamentar tal lei, dispôs que todas as medidas de polícia tomadas pelas autoridades locais ou pelo ministro da polícia geral deveriam ser previamente aprovadas pelo Diretório antes de serem postas em execução. Essa decisão, alegando executar a lei, pressupôs a existência de um “*poder geral de polícia autônomo*” outorgado ao Diretório, sem que tal estivesse explícito no texto legal (VERPEAUX 1991, p. 384).

Outra situação interessante é a da decisão do Diretório de 5 de fevereiro de 1796 – 16 do pluvioso do ano IV –, editada no silêncio das leis, ao argumento de que disciplinaria o tratamento de determinados substitutos de funcionários públicos até que o corpo legislativo se pronunciasse sobre a matéria. No entender de Michel VERPEAUX (1991, pp. 385-386), essa decisão não teria sido tomada a despeito das leis, mas precisamente para dar correto cumprimento a leis anteriores, cuja elaboração deixou vazios a serem preenchidos e imperfeições a serem sanadas – nesse caso, a lei que estabeleceu o tratamento dos titulares de cargos públicos.⁸⁸ Dessa forma, o regulamento administrativo agiria no silêncio do ordenamento jurídico, mas para atingir os objetivos estatuídos por ele. Tais objetivos tanto poderiam estar contidos em uma disposição precisa ou num conjunto de textos de hierarquia superior, por vezes retirados diretamente da própria Constituição.

Embora a Constituição de 1795 – e a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão que a precedia – não deixasse dúvidas quanto à superioridade hierárquica da lei, supostamente a única fonte das regras gerais de direito, as necessidades práticas do cotidiano político-administrativo do Diretório o fizeram explorar suas decisões [*arrêtés*] como forma de aplicar as leis. VERPEAUX (1991, p. 387) considera notável que o Diretório não tenha jamais se incomodado a mencionar algum dispositivo constitucional que justificasse o enorme poder que amealhou para si nesse período. Foi uma verdadeira revolução jurídica silenciosa, mas devidamente

⁸⁸ Lei de 26 de outubro de 1795 – 4 do brumário do ano IV (VERPEAUX 1991, p. 385).

percebida e contestada por diversos opositores no seio do corpo legislativo, sob o mote do desvirtuamento dos princípios erguidos em 1789.

Na sessão de 10 de março de 1797 – 20 do ventoso do ano V – do Conselho dos Quinhentos (ASSEMBLÉE NATIONALE 1797 A), o deputado Joseph Vincent Dumolard registrou em sua crítica ao alegado excessivo poder do Diretório a síntese dos argumentos mais empregados pelos opositoristas. Esse congressista combatia o “*caráter legislativo*” de determinadas decisões do Diretório. Na opinião de Dumolard, deparando-se com uma lacuna legal, o Diretório deveria sempre socorrer-se do corpo Legislativo, ao invés de decidir sozinho sobre as imperfeições dos textos de lei. Enxergava na conduta reiterada do Diretório arbitrariedades que julgava porem em risco as liberdades individuais.

No dia seguinte à sessão mencionada, o deputado Jean Duprat voltou ao assunto para se posicionar pela incompetência do poder Executivo para dirimir dúvidas sobre direitos e liberdades individuais dos cidadãos, os quais seriam os únicos legitimados para tanto:

“Com efeito, além de a constituição reservar somente ao Povo, reunido nas assembleias, o direito de estatuir sobre as dificuldades relativas ao direito de votar, e que, por essa disposição, ela afasta de maneira evidente a competência do diretório e de todas as outras autoridades; como conceber que o Povo francês tenha querido confiar ao poder executivo o terrível poder de dispor sobre sua liberdade, colocando-se, por assim dizer, em suas mãos. (ASSEMBLÉE NATIONALE 1797 B)” [tradução livre]

Dois anos mais tarde, na sessão de 6 de julho de 1799 – 18 do messidor do ano VII –, outro deputado subia à tribuna para prolongar as críticas ao contínuo crescimento do poder regulamentar pelo Diretório. Levallois punha-se de encontro à atuação do Executivo, que entendia ser *contrária à lei e tanto funesta em seus efeitos como ilegítima em sua origem*:

“É preciso que vós [Representantes do povo] saibais que virou jurisprudência, nos gabinetes ministeriais, que é possível tomar decisões contrárias às leis; que é possível pô-las em execução, apesar das leis (...). Essa palavra governo tornou-se uma espécie de varinha mágica com a qual se quer concentrar todos os poderes em um só, e tudo reportar a uma autoridade que é apenas secundária de acordo com a ordem constitucional como pela natureza de suas funções (...). É tempo de fazer cessar e prevenir para sempre essa luta escandalosa de decisões da autoridade executiva contra a onipotência da vontade geral expressa pelas leis (...). Uma tal desordem deveria nutrir indignação a todo homem livre, porque uma verdadeira anarquia, uma revolta aberta, e um atentado contra a soberania do povo. (ASSEMBLÉE NATIONALE 1799 A)” [tradução livre]

Nas falas de Dumolard, Duprat e Levallois, mostra-se evidente o apego à rígida divisão de poderes que atribuía ao corpo Legislativo o monopólio absoluto sobre a elaboração de regras gerais e abstratas, sob o fundamento de que apenas este seria o

legítimo representante da vontade geral do povo. Transportando-se tais argumentos para uma discussão teórica contemporânea, as críticas dos referidos deputados podem ser resumidas à acusação de déficit de legitimidade democrática dirigida à atuação normativa do poder Executivo – esse tema será retomado em maior profundidade adiante, no Capítulo 3.

Sem embargo dos inflamados discursos dos deputados de oposição, então mais preocupados em abalar a permanência dos membros do Diretório que propriamente com a coerência do sistema constitucional francês, constata-se que o princípio da separação de poderes não poderia mais ser aplicado segundo erigido em 1789. Sob o Diretório, o poder Executivo passou a ter capacidade de elaborar regras jurídicas, embora essas continuassem sob o controle do poder Legislativo. A lei, ato normativo proveniente desse último poder, persistia superior às decisões regulamentares do Diretório, o que não significava que este devesse aguardar expressa e limitada autorização para exercer seu poder de criação normativa. Desse modo, salvaguardava-se também sob o Diretório o princípio da separação de poderes, sintetizada na supremacia da lei sobre o regulamento (VERPEAUX 1991, p. 392).

É também no período do Diretório que o termo *regulamento* passa a ganhar a aceção que hoje possui na linguagem jurídica moderna. É nessa época que os textos das decisões do Diretório destinadas a completar textos legais passam, cada vez com maior frequência, a serem chamados de *regulamentos*. Assim, essa expressão, simples denominação genérica herdada do Antigo Regime, adquire sentido próprio e torna-se símbolo do nascimento dos atos normativos de execução formulados pelo poder Executivo (VERPEAUX 1991, pp. 393-397).

O período do Diretório, como antes já afirmado, foi marcado pelo notável descolamento entre a teoria constitucional revolucionária e a prática do poder Executivo. De fato, verificou-se então a existência de uma verdadeira contradição entre as enormes atribuições conferidas ao recém restaurado poder Executivo e, de outro lado, a negativa constitucional em permitir que o titular desse poder usufruísse da possibilidade de assegurar a execução das leis por meio da edição de atos normativos. A dinâmica resultante de tal situação paradoxal redundou no nascimento do poder regulamentar, por meio das reiteradas decisões do Diretório que criaram regras jurídicas inovadoras em relação às leis (VERPEAUX 1991, pp. 404-406).

Pode-se ao fim dizer que o poder regulamentar nasceu da praxe político-administrativa do Diretório, cultivada como forma de apaziguar as contradições que lhe

trouxe a Constituição de 1795. Corrobora essa afirmação o fato de que os regulamentos passaram a estar expressamente previstos no texto constitucional seguinte, editado sob o período do Consulado, em 13 de dezembro de 1799 – conforme será visto no subcapítulo a seguir.⁸⁹

2.2. A paulatina assimilação do poder regulamentar pela cultura jurídica francesa

Uma vez analisadas as ideias, as circunstâncias e os elementos que levaram ao nascimento do poder regulamentar ao longo das diversas fases da Revolução Francesa, o presente subcapítulo se dedicará a examinar o arraigamento do poder regulamentar na cultura jurídica francesa. Nessa tarefa, serão visitadas as opiniões dos mais relevantes publicistas franceses sobre a extensão do poder regulamentar, desde a ascensão de Napoleão Bonaparte até a fundação da 5ª República Francesa com a Constituição de 1958.

Essa jornada se inicia com o Golpe do 18 do Brumário, articulado sob o pretexto de uma suposta ameaça latente vinda da extrema esquerda. Esse Golpe derrubou o regime do Diretório e fez com que os Conselhos dos Anciãos e dos Quinhentos⁹⁰ entregassem o poder a três cônsules: Napoleão Bonaparte, Sieyès e Roger-Ducos – sendo o primeiro também nomeado chefe das forças armadas. Cansados dos tumultuados anos de disputas políticas internas e reviravoltas no poder que se sucederam desde 1789, a grande massa de cidadãos relativamente indiferentes a paixões partidárias embarcou na promessa de pacificação social prometida por Bonaparte (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 110-111).

Por meio destas palavras os cônsules apresentaram ao povo francês a Constituição de 13 de dezembro de 1799 – 22 do frimário do ano VIII – e sacramentaram o encerramento da Revolução Francesa:

“Franceses, uma Constituição vos é apresentada. (...) A Constituição é fundada sobre os verdadeiros princípios do governo representativo, sobre os direitos sagrados da propriedade, da igualdade e da liberdade. Os poderes que ela institui serão fortes e estáveis, tal como devem ser para garantir os direitos dos cidadãos e os interesses do Estado. Cidadãos, a Revolução está

⁸⁹ Constituição de 1799:

“Art. 44. O governo propõe as leis e faz os regulamentos necessários para assegurar a sua execução.”

⁹⁰ O Conselho dos Anciãos e o Conselho dos Quinhentos eram as duas casas que compunham o corpo Legislativo sob o regime do Diretório.

consolidada sob os princípios que a iniciaram, ela está terminada. (ASSEMBLÉE NATIONALE 1799 B)” [tradução livre]

Inaugurava-se então um novo capítulo da história política da França, protagonizado por Napoleão Bonaparte, primeiro no Consulado e, posteriormente, no Império. Embora significasse uma inegável guinada política em direção a um regime autoritário, a Constituição que instituiu o Consulado ainda seguia – como também seguiriam as constituições dos períodos subsequentes – as linhas gerais da cartilha do modelo do liberalismo clássico.⁹¹ Isso porque a propriedade particular ainda consistia em direito absoluto, enquanto direitos sociais não eram contemplados (CASTRO 2006, p. 44).

Herdeiro dos princípios revolucionários de 1789, o primeiro cônsul Napoleão Bonaparte manteve na Constituição de 1799 a supremacia formal da lei sobre as demais normas jurídicas. Isso não o impediu, contudo, de pôr em prática o aforismo atribuído a Sieyès, segundo o qual “*a autoridade vem de cima e a confiança, de baixo*”. Na prática, Napoleão concentrou em si poderes e instituiu um autoritarismo à sua moda, chancelado por aclamação das massas via plebiscito (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 115-116). Era o que dispunha o art. 95 da Constituição, segundo o qual essa seria submetida à aprovação do povo francês em seguida à sua proclamação.

Seguindo essa diretriz autoritária, Napoleão reformou a estrutura administrativa da França de modo a torná-la centralizada e dotada de uma cadeia de comando bem definida até o seu topo, o Primeiro Cônsul. A fim de viabilizar essa tarefa, a Constituição de 1799 instituiu o Conselho de Estado, inspirado no Conselho do rei, extinto em 1791. Esse Conselho de Estado consistia em um corpo de técnicos reunido com a finalidade de esclarecer e assegurar a efetividade do poder governamental, sem que detivesse a menor independência jurídica frente ao Executivo, visto que todos os seus membros eram nomeados pelo chefe deste. Para que ganhassem plenos efeitos de direito, as decisões do Conselho de Estado deveriam ser aprovadas pelo chefe de Estado, Napoleão Bonaparte, possuidor de completa discricionariedade. Logo abaixo do Primeiro Cônsul, o Conselho de Estado é posto no cume da estrutura piramidal que representa toda a administração pública francesa (BURDEAU 1995, p. 66).

⁹¹ As características do liberalismo clássico podem ser resumidas nos seguintes fatores, de acordo com CASTRO (2006, p. 44): (a) a existência do governo repousa sobre a separação e complementariedade mútua dos poderes, com supremacia do parlamento; (b) sistema de direitos individuais, considerados racionais e necessários ou naturais; (c) relação entre sistema de direitos individuais e governo mediante participação política limitada à distribuição de propriedade.

Por essas características, a era napoleônica foi antes um novo começo para o poder regulamentar do que uma conclusão, face ao fim da Revolução. O art. 44 da Constituição de 1799 foi o primeiro dispositivo constitucional a fazer expressa referência aos regulamentos do poder Executivo, necessários para assegurar a execução das leis. O termo “*proclamação*”, constante do art. 144 da Constituição de 1795, foi então substituído pela expressão “*regulamento*”, sem que isso significasse o fim das ambiguidades verificadas no período anterior. Em diversas passagens da nova Constituição, ficou evidente a manutenção da hierarquia entre as leis e os regulamentos, com prevalência das primeiras (VERPEAUX 1991, pp. 407-408). Afora a persistência da locução “*para assegurar a execução das leis*”, a superioridade hierárquica dos atos do Legislativo se verificava no art. 48, que dispunha que a “*guarda nacional ativa*” era submetida aos regulamentos, ao passo que a “*sedentária*” o era apenas à lei.⁹²

Ao lado dos regulamentos propriamente ditos, a Constituição de 1799 criou a figura dos “*regulamentos de administração pública*”, sem dar pistas sobre a extensão de seu conteúdo. Dado o histórico dos usos atribuídos à expressão “*regulamento*” nos períodos finais da Revolução Francesa, VERPEAUX (1991, pp. 408-410) infere que os regulamentos de administração pública relacionam-se a matérias consideradas inseridas no domínio próprio da administração ou pertinentes a seu funcionamento interno. Em que pese a maior exposição do regulamento enquanto instrumento normativo à disposição do Executivo, esse mesmo autor lembra que nada no texto constitucional indicava a existência autorizada de um verdadeiro poder regulamentar, em sua vertente criadora de regras de direito.

Mesmos os juristas da época napoleônica pareciam inclinados a negar, com amparo no novo sistema constitucional, o poder regulamentar que o Executivo acostumou-se a exercer durante o Diretório. Esse comportamento foi demonstrado por Jean-Étienne-Marie Portalis, autor do Código Civil francês – a maior obra jurídica elaborada sob o governo de Napoleão Bonaparte –, em seu discurso de apresentação do correspondente projeto:

“As leis, propriamente ditas, diferem dos simples regulamentos. Cabe às leis fixar em cada matéria as regras fundamentais e determinar as formas essenciais. Os detalhes de execução, as precauções provisórias ou acidentais, os objetos instantâneos ou variáveis, em uma palavra, todas as coisas que exigem mais a supervisão da autoridade que administra que a intervenção do poder que institui ou que cria, são do campo dos regulamentos. Os

⁹² A “*guarda nacional ativa*”, referida no art. 48 da Constituição de 1799, corresponde a um corpo móvel de milícia criado no início da Revolução Francesa. Diferentemente da “*ativa*”, a “*guarda nacional sedentária*” não se locomove.

regulamentos são atos de magistratura, e as leis são atos de soberania.”
(PORTALIS 2004, p. 26) [tradução livre]

Das palavras de Portalis pode-se verificar que esse jurista nega capacidade criadora aos regulamentos, ao restringir seu emprego a objetos “*provisórios*” e “*variáveis*”, tomando de empréstimo de Rousseau a dicotomia superada entre atos de magistratura e atos de soberania – estes, os únicos habilitados a instituir regras de direito segundo a filosofia revolucionária (VERPEAUX 1991, pp. 410-411). Mais adiante em seu discurso, ao distinguir a interpretação por via de doutrina daquela por via de autoridade, PORTALIS (2004, p. 22) admite que os regulamentos possam interpretar leis, o que os reduz à atuação que tinham à época do Antigo Regime, quando os regulamentos não passavam de um modo de interpretação do direito.

VERPEAUX (1991, pp. 411-412) conclui dessa análise que o texto constitucional de 1799 deixa de consagrar em seu corpo o poder regulamentar tanto quanto as demais Constituições elaboradas ao longo da Revolução Francesa. Percebe-se, desse mesmo fator, uma continuidade entre a era napoleônica e o regime do Diretório, justamente na circunstância de que o poder regulamentar existe antes de fato, engendrado da prática político-administrativa do Executivo, e não da literalidade das respectivas constituições.

Na realidade, tanto sob o Consulado como no Império o poder Executivo comandado por Napoleão desempenhou um verdadeiro poder regulamentar, em diversos aspectos amplificado em relação ao regime do Diretório. No contexto da Constituição de 1799, os regulamentos de administração pública acabaram por representar a possibilidade de o governo estabelecer ele mesmo as regras de direito atinentes a matéria administrativa, por vezes independentemente da existência prévia de lei. Sob o Império, após sagrar-se *cônsul vitalício* em consulta plebiscitária no ano de 1802 e coroando-se Imperador da França em 1804, Bonaparte deu mostras de que a criação do direito administrativo passou a identificar-se não com a atividade legislativa, mas com o poder regulamentar.⁹³ À exceção de algumas medidas que atentassem contra a propriedade privada, apenas regulamentos – sem leis correlatas – tornaram-se então suficientes para disciplinar as regras de organização e de funcionamento dos serviços públicos, abrangendo as relações das autoridades administrativas com os indivíduos e com outras pessoas privadas (BURDEAU 1995, pp. 74-75).

⁹³ Deve ser destacado o fato de que Napoleão Bonaparte, embora Imperador, jamais fechou o Corpo Legislativo ou alterou o conceito constitucional de *lei*, o que torna possível falar-se em poder regulamentar mesmo em regimes autoritários com tais características.

Escorando-se em uma nova organização dos poderes públicos, o período napoleônico sistematizou⁹⁴ e aprofundou as práticas já existentes sob o Diretório, anteriormente preparadas pela Convenção, a respeito do poder regulamentar (VERPEAUX 1991, p. 412). Proliferaram então os regulamentos autônomos e aqueles que extrapolavam a dicção das leis, ocupando espaços antes tachados pela filosofia revolucionária como de exclusividade do legislador, a exemplo das matérias pertinentes à fiscalização e ao poder de polícia. Começou com Napoleão, portanto, a tendência que ainda se enxergaria outras vezes ao longo do século XIX, correspondente à absorção pelo poder Executivo não somente dos assuntos relativos ao regime jurídico interno aos serviços públicos, mas também da determinação das regras que regem as relações entre as autoridades administrativas e os particulares (BURDEAU 1995, p. 75).

Após algumas derrotas do exército de Napoleão, a monarquia foi restaurada na França por meio da Carta de 1814, que estabelecia um sistema de monarquia constitucional limitada inspirada no modelo inglês e nas observações já analisadas de Montesquieu (J.-J. CHEVALLIER 2001, p. 171). Tratava-se, portanto, de um modelo constitucional instituído com a finalidade de contrapor a excessiva centralização imposta por Bonaparte no regime anterior. Mais uma vez o poder Executivo foi posto sob a desconfiança da população.

A Carta de 1814 assegurou todos os direitos individuais que resumiam a essência do pensamento liberal conservador da época. Foi preservada a separação de poderes entre Executivo e Legislativo, que seria eleito mediante sufrágio censitário. Entretanto, é preciso recordar que essa Constituição foi outorgada por Luís XVIII, que reservou a si um importante papel no modelo político que acabara de inaugurar. Além de inviolável e sagrada, a figura do rei também foi considerada pelo correspondente art. 13 como titular do poder Executivo. Em seguida, no art. 14, estabeleceu-se que o rei era o *“chefe supremo do Estado”*, dotado da capacidade de fazer os *“regulamentos e as ordenanças necessárias para a execução das leis e para a segurança do Estado”*. Ainda, o art. 15 explicava que o rei também participava do poder Legislativo, junto com as Câmaras dos pares e dos deputados dos departamentos.

Nota CHEVALLIER (2001, p. 174) nesse ponto uma certa influências das ideias liberais conservadoras de Benjamin CONSTANT (1814, p. 2), que fazia distinção entre o poder real e o poder Executivo – este é investido de *“prerrogativas de direito*

⁹⁴ Durante o Consulado, os regulamentos eram editados sob o nome de *decisões* do Consulado, ao passo que no Império eram formulados sob a roupagem de *decretos* (VERPEAUX 1991, p. 412).

positivo” e aquele é sustentado pelas “*recordações e tradições religiosas*”. Esse pensador identificava no poder real uma força neutra, mantenedora do equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.⁹⁵ Para tanto, o poder real deveria estar acima desses últimos poderes:

“Os três poderes, tais como são conhecidos até aqui, o poder executivo, o legislativo e o judiciário, são três instâncias que devem cooperar, cada um de sua parte, para o movimento geral; mas quanto essas instâncias se conturbam, se entrecocam e se travam, é preciso uma força que as coloque no lugar. Essa força não pode ser uma de tais instâncias, porque ela serviria para destruir as demais; é preciso que ela esteja fora, que ela seja de alguma maneira neutra, para que sua ação se aplique por todo lugar em que seja necessária, e para que seja preservadora e reparadora, sem hostilidades. A monarquia constitucional tem essa grande vantagem, que ela cria esse poder neutro na figura de um Rei (...).” (CONSTANT 1814, pp. 2-3) [tradução livre]

Assim como Benjamin Constant influenciou o modelo constitucional do nascente regime monárquico, o período da Restauração é marcado também pelo afluxo constante e decisivo das ideias de três juristas, componentes da tríade considerada fundadora do direito administrativo clássico: Joseph-Marie de Gérando, Louis-Antoine Macarel e Louis de Cormenin. Sob a batuta desses regentes, a doutrina francesa passou a fazer distinção entre a administração que “*age*” e aquela que “*julga*”, dado o contexto do fortalecimento do poder real e sua separação face ao Executivo.

Embora o rei continuasse irresponsável pelos seus atos, o mesmo não acontecia com os seus ministros, que assinavam juntamente com o soberano todos os atos do poder Executivo, para que se responsabilizassem perante os particulares eventualmente lesados (CORMENIN 1822, p. 107). Nesse contexto de valorização da inviolabilidade da propriedade privada, o Conselho de Estado, cujas competências emanavam do rei, passou a adquirir crescente importância como órgão julgador dos conflitos entre cidadãos e o próprio Estado:

“Enfim, o Rei exerce a justiça administrativa, decidindo soberanamente, no Conselho de Estado, todas as contestações submetidas em nome de direitos privados que se encontrem em colisão com o direito público ou sob sua interferência. (...) O que é entregue ao Conselho de Estado é a redação das leis projetadas pelo Rei em sede do Conselho de ministros; é, ainda, a redação e deliberação de todos os avisos e regulamentos para a execução das leis; é, sobretudo, a preparação das decisões emanadas da justiça administrativa.” (SIREY 1818, pp. 74-76) [tradução livre]

Segundo explicava Macarel, então conselheiro de Estado, a justiça administrativa não deveria ser deixada a cargo dos tribunais de justiça comum. Era preciso uma jurisdição especializada, particular:

⁹⁵ Percebe-se que as teorias de Benjamin Constant foram uma verdadeira inspiração para a Constituição brasileira de 1824, na qual o poder neutro identificava-se com o poder Moderador.

“A justiça administrativa, ao contrário, devendo ter mais latitude em sua instrução, mais rapidez em sua ação e execução, necessita de uma jurisdição particular e especial, que não pode estar situada senão no seio da própria administração, pois ela conhecerá melhor os motivos que fizeram agir os administradores, e as causas que determinaram suas decisões; e portanto ela estará melhor preparada para sopesar o interesse público e o interesse privado, e de fazer prevalecer, se necessário, a equidade e o interesse social, os quais, definitivamente, são do interesse de todos.” (MACAREL 1833) [tradução livre]

Ao tratar do tema, François BURDEAU (1995, pp. 152-153) expõe que um modelo que punha lado a lado dois poderes, a *administração ativa* e a *justiça administrativa*, implicava a necessária delimitação das matérias cujo conhecimento seria proibido a esta última. No que toca à administração ativa, o Conselho de Estado – tanto quanto no regime anterior – reconhecia ao Executivo uma completa liberdade discricionária nas decisões que extrapolavam a esfera comumente entendida como própria da administração, mas que diziam respeito a “*questões políticas*”. Ilustravam esses acasos aqueles relacionados à “*execução de convenções diplomáticas*” e a “*operações militares*”. De igual modo, conferia-se imunidade jurisdicional aos atos de “*alta administração*”, dentre eles compreendidos os “*regulamentos de administração pública*” e, de forma mais geral, as “*ordenações de natureza regulamentar*” e os “*atos de alta polícia administrativa*”. Para esse autor, a jurisprudência administrativa do período da Restauração conformou-se no sentido de outorgar ao poder administrativo e aos correspondentes titulares uma ampla liberdade de ação situada fora de qualquer controle jurisdicional:

“Na determinação das medidas exigidas pela utilidade pública, pela polícia geral, pela direção dos serviços do Estado, a administração tinha vocação para dispor de um poder plenamente discricionário. Toda decisão inspirada por ‘considerações gerais de interesse público’ (Conselho de Estado, 8 de junho de 1817, *Coqueray*), toda medida ditada pela preocupação agir em nome da ‘ordem pública’ (Conselho de Estado, 3 de dezembro de 1817, *Hbts du hureau de Moulinaux*; 13 de agosto de 1817, *Bénard*)... é da competência exclusiva do poder administrativo. O princípio é, pois, que a administração é soberana na apreciação dos sacrifícios que impõe aos particulares em prol do atingimento do bem público (...).” (BURDEAU 1995, p. 153) [tradução livre]

Tais atos insuscetíveis de serem examinados pela justiça administrativa foram chamados pela doutrina de “*atos de pura ou simples administração*”. Em contraposição, sempre que existente um ato administrativo cujos efeitos resvassem sobre direitos reconhecidos a um particular, haveria “*contencioso administrativo*”, ou *justiça administrativa* (BURDEAU 1995, p. 156). Os atos de simples administração seriam aqueles dirigidos direta e imediatamente pelo objetivo de atingir a utilidade pública, cujo exercício, segundo GÉRANDO (1829, pp. 40, 85 e 88-99), por vezes

exige o emprego de regulamentos, que *“possuem um caráter de generalidade, que abarcam os casos análogos, que preveem o porvir”*. Para esse autor, os regulamentos não poderiam ser discutidos em sede da jurisdição administrativa, tendo em vista que eram sempre editados com o objetivo de dispor sobre utilidade e ordem públicas.

A ampla margem de liberdade assegurada pelo Conselho de Estado à atividade administrativa desenvolvida mediante regulamentos contrastava, no entanto, com a filosofia do culto à lei que os juristas da época ainda nutriam. MACAREL (1833, pp. 232-235) deu provas de partilhar da corrente teórica que negava ao Executivo o poder regulamentar, ao repetir em sua obra a visão consagrada por Montesquieu segundo a qual a divisão de poderes entre Legislativo e Executivo é o baluarte das liberdades individuais. Embora reconhecesse que os regulamentos se assemelhavam às leis, na medida em que eram gerais e abstratos, o referido jurista engrossava o coro dos que, à moda de Rousseau, associavam estas a atos de soberania e aqueles a atos de magistratura. Em síntese, para Macarel os regulamentos não podiam criar regras de direito.

No mesmo sentido, a obra de ISAMBERT (1821, pp. 23 e 38) sobre o poder regulamentar negava ao poder Executivo, e mesmo ao poder real, qualquer capacidade de criar regras de direito inovadoras em relação às leis, seja interpretando-as ou modificando-as. Consoante esse autor, advogado junto ao Conselho de Estado, a diferença essencial entre os regulamentos e as leis residia no fato de que estas correspondiam à *“vontade geral”*, enquanto aqueles diziam respeito à *“vontade particular do poder Executivo, em relação ao qual ninguém teria a obrigação de sacrificar seus direitos”*.

Assim como ocorrido anteriormente, durante a monarquia constitucional de 1791, a subida de um novo monarca ao comando do poder Executivo após a Restauração contribuiu para se reavivarem os preconceitos e as desconfianças adormecidas contra o poder regulamentar. As tentativas malsucedidas de Carlos X de reinstaurar a monarquia absoluta tampouco colaboraram para reforçar o prestígio do poder Executivo, ao qual era associada a ideia de força e coerção e de ameaça de ditadura. Nesse contexto, a reedição da tendência de apequenar o poder Executivo, negando-lhe a condição de poder capaz de exercer uma vontade, de tomar decisões de

caráter geral e abstrato inovadoras em relação às leis, foi uma constante durante toda⁹⁶ a história do direito administrativo francês (VERPEAUX 1991, p. 415).

A má vontade dos juristas franceses, entretanto, não foi suficiente para impedir que verdadeiros regulamentos administrativos fossem editados pelo Executivo após a Restauração, como visto acima. Nesse sentido, a instituição da Monarquia de Julho em 1830, sob o reinado de Luís-Felipe, não trouxe alterações significativas à doutrina administrativista sobre o poder regulamentar, e tampouco modificou a praxe da administração pública descrita nos parágrafos acima.⁹⁷ Para J.-J. CHEVALLIER (2001, p. 208), a Carta de 1830 não passava de uma reedição, revista e corrigida, daquela de 1814.

Já em 1848, problemas políticos e sociais levaram novamente os parisienses à revolução, o que acabou por derrubar o regime de monarquia constitucional. De pronto foi instaurada a 2ª República francesa, que reinstalou o sufrágio universal e elaborou nova Constituição, resultante de uma Assembleia Constituinte dividida entre deputados das mais variadas tendências políticas. O texto constitucional aprovado, como seria de se esperar, redundou num caldo de difícil digestão. Optou-se por uma divisão de poderes que fortalecesse tanto o Legislativo como o Executivo, que passou a ser chefiado por um presidente, eleito pelo povo para um mandato de quatro anos (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 229-242). Dessa forma, as críticas ao Executivo sobre carência de legitimidade democrática, tão comuns à época das monarquias constitucionais, passavam a não mais ter cabimento sob a 2ª República.

Por ampla maioria de votos, o primeiro presidente eleito mediante sufrágio universal foi Luís-Napoleão Bonaparte, sobrinho do grande Napoleão. A bem da verdade, Luís-Napoleão foi alçado à presidência não em função de suas qualidades próprias, mas devido à herança dos ainda lembrados nome e glória do imperador Napoleão Bonaparte. Somadas a esse prestígio hereditário suas habilidades de articulação política, rapidamente Luís-Napoleão acrescentou um adjetivo à República, tornando-a plebiscitária e, por via desse expediente, transformou-a no 2º Império, ao sagrar-se Napoleão III por aclamação popular (J.-J. CHEVALLIER 2001, pp. 250-257).

⁹⁶ Ao menos até a aprovação da Constituição de 1958.

⁹⁷ Convém anotar que a Carta de 1830 “corrigiu” o que dispunha o art. 14 da Carta de 1814, ao estabelecer que o Rei poderia elaborar “*regulamentos e ordenanças necessárias para a execução da lei, sem que possam jamais suspender suspendê-las ou dispensar-lhes a execução*”. Contudo, como já dito, esse dispositivo não alterou a praxe dos regulamentos administrativos ou o entendimento da doutrina a seu respeito.

A primeira fase do 2º Império foi marcada por um autoritarismo reminiscente dos dias do Império de Napoleão I, cuja constituição serviu de modelo para a Constituição de 1852. No texto em que apresenta a nova Carta constitucional, Napoleão III perguntou ao povo francês: “*já que a França há cinquenta anos não funciona senão em virtude da organização administrativa, militar, judiciária, religiosa, financeira do Consulado e do Império, por que não adotaríamos também as instituições políticas daquela época?*” O próprio imperador respondeu à indagação, outorgando aos franceses a nova Constituição elaborada sobre as bases políticas do antigo império napoleônico.

Com a instituição do regime de Napoleão III, tinha início a era da história político-econômica denominada por Castro de “*liberalismo tardio*”, que sucedeu a época do “*liberalismo clássico*”. No plano constitucional, ao lado dos direitos individuais conquistados na fase anterior, passaram a constar sob o novo modelo político-constitucional – não sem tensões – os nascentes direitos sociais. O sufrágio universal e ilimitado foi restabelecido, pondo o Imperador em contato direto com o povo, alçado ao patamar de única instância julgadora das ações do chefe de Estado. Declinava, ao mesmo tempo, o primado da teoria da separação de poderes que creditava onipotência ao Legislativo, paralelamente ao aumento da autoridade do Executivo (CASTRO 2006, p. 46).

No campo do direito, o administrativista DUFOUR (1854, pp. 42-44) reconhecia que o art. 6º da Constituição de 1852, ao atribuir ao chefe do Executivo a capacidade de fazer regulamentos e decretos necessários à execução das leis, concedia ao Imperador um poder regulamentar limitado a uma função executória, de detalhamento, enfim, de magistratura. Em que pese fosse essa a regra geral, o mesmo jurista admitia existirem casos em que os regulamentos do Executivo participavam da obra do legislador, na medida em que este abandonava aos cuidados do primeiro certas matérias. Nesse sentido, Dufour afirmava que a evolução da legislação havia atribuído ao Executivo papel bastante mais estendido que aquele depreendido pela literalidade do texto constitucional. Assim confirmavam as inúmeras leis editadas nas décadas anteriores, as quais delegavam ao Executivo o poder de completar com verdadeiras regras inovadoras de direito largos espaços deixados no vazio pelo legislador. Dentre os exemplos citados pelo autor, consta a emblemática lei de 15 de julho de 1840 sobre caminhos de ferro, segundo a qual regulamentos de administração pública “*determinariam as medidas e as disposições necessárias para assegurar a polícia, a segurança, o uso e a conservação dos caminhos de ferro e das obras de que eles dependem*”.

Diante da amplitude empírica do poder regulamentar sob o 2º Império, seja decorrente de mandato constitucional ou de delegação legislativa, DUFOR (1854, p. 49) chegou a afirmar que o “*domínio do poder regulamentar era tão variável que sua delimitação era mesmo impossível*”. Atribuía o crescimento do poder regulamentar aos “*usos e costumes*” desenvolvidos legitimamente pelo Legislativo, ao deixar ao Executivo o disciplinamento de amplas matérias. Ensinava que tais delegações legislativas não escusavam o Executivo de se guiar pelo “*espírito e intenção das leis*”. Não obstante, desconfiava fortemente que semelhante prescrição fosse praticamente impossível de se definir com precisão em face de um caso concreto:

“Mas estas [o espírito e a intenção as leis] são apenas indicações essencialmente genéricas, persistindo sempre a dificuldade de saber até que ponto o regulamento pode suplementar o silêncio da lei, e essa dificuldade é tão grande quanto não é o espírito da Constituição de subtrair do domínio do poder legislativo certos objetos para os reservar ao poder regulamentar.” (DUFOR 1854, p. 49) [tradução livre]

Não deixa de ser interessante transcrever a opinião de DUFOR (1854, p. 58) sobre a natureza dos próprios regulamentos administrativos, os quais considerava em essência assemelhados às obras legislativas, como leis secundárias contra as quais não caberia recurso administrativo:

“As disposições regulamentares decorrem da mesma fonte, tendem ao mesmo objetivo e o fazem pela mesma via que as disposições legislativas. Elas procedem como disposições legislativas, do poder regulador da sociedade; elas são ditadas, como elas, pelas exigências do bem-estar comum; e elas traçam, como elas, regras de onde nascem para os cidadãos deveres e direitos. Disso se segue que é da essência dessas disposições participar dos caracteres distintivos das próprias disposições legislativas, efetuar comandos senão no interesse da ordem pública, emprestar sua força obrigatória de uma delegação escrita na Constituição ou em uma lei especial, e, enfim, estatuir para o futuro, em vista de uma generalidade de fatos ou de cidadãos.” (DUFOR 1854, p. 56) [tradução livre]

O direito administrativo assentado nesses termos perdurou para além do 2ª Império, terminado com a prisão de Napoleão III em 1870, durante a Guerra Franco-Prussiana. Mesmo com a proclamação da 3ª República, e após a aprovação de novas leis constitucionais em 1875, a configuração do direito administrativo francês permaneceu razoavelmente estável até a virada para o século XX. É nesse cenário que Édouard Laferrière, integrante do Conselho de Estado por quase três décadas, publicou seu Tratado de Jurisdição Administrativa, no qual deixou registrada suas opiniões a respeito do poder regulamentar (BURDEAU 1995, pp. 196-204).

LAFERRIÈRE (1896 A, p. 482) diferenciava os regulamentos feitos para assegurar a execução das leis daqueles denominados “*regulamentos de administração pública*”. Em relação aos primeiros, não via neles qualquer analogia com as leis, a não

ser a característica de serem gerais e abstratos. Os regulamentos executórios não passariam de normas secundárias em relação às leis, editadas na estrita medida da necessidade de lhes garantir observância. Outro seria o caso, entretanto, dos regulamentos editados em razão de delegação especial do legislador, que entregaria um mandato ao Executivo para completar e desenvolver disposições acerca de determinadas matérias: os “*regulamentos de administração pública*”.

“Numa concepção mais restrita, o regulamento de administração pública é aquele que procede não dos poderes gerais que o chefe de Estado retira da Constituição, mas de uma delegação especial que lhe é feita por uma lei determinada, com a finalidade de completar esta lei, de esclarecer suas disposições, de desenvolver os princípios que ela fixou, de decidir como ele deverá ser executada. (LAFERRIÈRE 1896 B, p. 10)” [tradução livre]

LAFERRIÈRE (1896 B, p. 11) acrescentava que esse mandato legal transmitia ao Executivo uma parte do poder Legislativo. Para esse autor, isso era tanto verdade que o chefe do Executivo podia, “*em virtude desse mandato especial, editar disposições que excederiam seu poder regulamentar, notadamente disposições penais*”. Tal caráter legislativo dos regulamentos de administração pública, em princípio, lhes garantia imunidade contra recursos do contencioso administrativo, conferindo ao Executivo uma ampla liberdade de ação por meio desse expediente.

Passadas quase três décadas do início da 3ª República e de seu ingresso nos quadros do Conselho de Estado, Édouard Laferrière aposentou-se em 1898. Nesses mesmos anos finais do século XIX e iniciais do XX houve uma renovação dos comissários do governo no Conselho de Estado, que passou a contar com os nomes de Jean Romieu, Georges Teissier, Léon Blum, dentre outros. A partir dessa época deu-se o florescimento do que seria mais tarde considerada a idade de ouro do poder criador do juiz administrativo e da doutrina publicista. Esse movimento inovador foi impulsionado por dois fatores primordiais: o crescimento de debates sobre o chamado “*desvio de poder*”, em decorrência da partidarização da administração, e a relativa desvalorização da lei e do parlamento. Enquanto este último fator erigiu o Conselho de Estado em substituto do legislador, o primeiro fez com que fosse desenvolvida jurisprudência sobre anulação de atos administrativos por desvio de poder (BURDEAU 1995, p. 255).

Junto com a renovação da composição do Conselho de Estado, vieram também novos doutrinadores do direito administrativo, entre os quais se destacaram Maurice Hauriou e Léon Duguit, cujas teorias – do “*poder público*” e do “*serviço público*”, respectivamente – influenciam os rumos do direito administrativo até os dias atuais. No

que toca ao estudo do poder regulamentar, ambos deixaram para a posteridade suas contribuições, sempre divergentes um com o outro (BURDEAU 1995, pp- 341-342).

Maurice HAURIUO (1900, pp. 31-34), professor de direito da Faculdade de Tolosa, desenvolveu sua “*teoria material*” da lei e do regulamento. No sentido material, a lei seria uma “*representação das relações sociais havidas sob o regime de Estado*”. A essência do “*regime de Estado*”, a que se refere Hauriou, seria um “*sistema de regras e instituições necessárias à garantia das liberdades individuais*. Disso resultaria que a matéria trazida no bojo de uma lei corresponderia a “*uma reforma no significado da liberdade*”; em outras palavras, a matéria das leis construiria as regras e as instituições sem as quais não existiria liberdade, e qualquer mudança legal importaria, nesse sentido, uma alteração na significação da liberdade. A lei teria, de acordo com Hauriou, um caráter essencialmente reformador da disciplina das relações sociais já existentes.

Quanto aos regulamentos, sua essência material corresponderia a “*uma regra de relações sociais que impliquem simples organização*”. Dessa forma, os regulamentos seriam apenas “*regras novas que contribuiriam para a organização e o crescimento do organismo do Estado*”. Por decorrência lógica, o anverso de tal concepção material das leis e dos regulamentos leva a concluir que estes últimos jamais poderiam dispor, sob pena de nulidade, sobre assuntos que contrariassem direitos e liberdades dos cidadãos (HAURIUO 1900, pp. 34-37).

Por sua vez, o professor da Faculdade de Bordéus Léon Duguit construiu teoria distinta, por meio da qual refutava os esforços de Hauriou em diferenciar materialmente leis e regulamentos. À exceção do órgão elaborador de uma e de outro – critério formal –, DUGUIT (1903, p. 346) defendia que não existiam distinções entre lei e regulamento, sendo ambos feitos exatamente do mesmo material:

“O Estado exerce a função legislativa, seja qual for o órgão que intervenha, todas as vezes que faça um ato-regra, todas as vezes que formule uma disposição normativa ou construtiva que modifique sobre um ponto qualquer, e de qualquer maneira, o direito objetivo tal como ele existe no momento em que ocorre a intervenção.” (DUGUIT 1928, p. 156) [tradução livre]

Ao empreender uma análise do poder regulamentar sob perspectiva histórica, DUGUIT (1913, p. 88) constatou que, a partir do regime do Diretório e independentemente da forma de governo adotada – império, monarquia ou república –, o número de regulamentos elaborados pelo poder Executivo aumentou significativamente. Essa evidência contrariava o fato, também verificado pelo autor, de que todas as constituições vigentes em tais períodos históricos restringiam o poder

regulamentar do Executivo, reduzindo-os a atos meramente destinados a assegurar a execução das leis. Segundo esse jurista, os fatos se impunham às constituições:

“Mas essas restrições [dos textos constitucionais] são impotentes; como sempre os fatos são mais fortes que as constituições; o poder regulamentar se estende constantemente e surge um grande número de regulamentos que não podem ser enquadrados como de execução das leis. Assim formou-se ao lado da legislação propriamente dita toda uma legislação que se pode chamar regulamentar e que exerce sobre os particulares, os administradores e os juizes a mesma força obrigatória que as leis formais.” (DUGUIT 1913, p. 88) [tradução livre]

DUGUIT (1913, p. 89) chegou mesmo a citar dois exemplos de regulamentos editados pelo poder Executivo sem que pudessem ser relacionados a qualquer lei formal anterior. Eram os decretos regulamentares de 1º de março de 1889 e de 10 de setembro de 1901, sobre a construção e circulação de automóveis, e o decreto de 8 de outubro de 1901, sobre a polícia e o uso das vias de navegação interiores. Diante dos exemplos citados, o professor bordelense se viu “*na impossibilidade absoluta, apesar dos prodígios da sutileza, de explicitar por que eles se distinguem especificamente das leis*”. Assim como os textos legais, os regulamentos conteriam “*por definição*” dispositivos gerais e abstratos que incontestavelmente se aplicariam a todos, quer fossem particulares, administradores ou juizes. E qualquer ato praticado em contrariedade a um regulamento seria nulo, tanto quanto se tivesse violado uma lei.

Quer tenha a lei se confundido com o regulamento, quer este tenha se aproximado da lei, isso não tinha importância para DUGUIT (1913, p. 90). O ponto capital de seu raciocínio era o próprio reconhecimento de uma tal evolução dos usos empíricos das leis e dos regulamentos, o qual fez surgir disposições que têm o real caráter de uma lei, mas que não emanam do órgão considerado representante da soberania nacional. Por consequência, “*a noção de lei*”, para esse autor, “*não mais se vincularia à noção de soberania*”, passando a ligar-se simplesmente à qualidade do órgão que edita o ato – se do Legislativo, seria uma lei; se do Executivo, seria um regulamento.

Também no início do século XX, outros influentes juristas se ocuparam do tema pertinente ao poder regulamentar, como Félix Moreau, Gaston Jèze e Georges Cahen. Félix Moreau, professor da Faculdade de Aix-Marselha e autor de livro dedicado exclusivamente ao assunto, publicou em 1902 sua tese a respeito da natureza jurídica dos regulamentos administrativos. Opondo-se à diferenciação clássica entre as leis e os regulamentos – segundo a qual a lei era uma “*fórmula de princípios*” e o regulamento uma “*coleção de detalhes*” –, MOREAU (1902 A, p. 2) nesse ponto coincidiu com o

pensamento de Duguit, ao afirmar que os regulamentos eram “*regras obrigatórias impostas por uma autoridade distinta do Parlamento*”, cuja essência em nada se diferenciava daquela das leis.

Para o doutrinador marselhês, o poder regulamentar seria decorrência lógica e instintiva do poder de comando, visto que nenhuma regra poderia ser tão detalhada a ponto de impedir que um agente subalterno editasse normas inferiores. Essa nuance era o único ponto de aproximação entre sua teoria e o pensamento de Hauriou. Ao contrário deste, MOREAU (1902 A, pp. 23 e 33) afirmava que o ordenamento jurídico francês, ao conferir onipotência à lei, dava-lhe ampla capacidade de disciplinar nos mínimos detalhes qualquer matéria. De igual modo, proporcionava-lhe total liberdade para deixar certos assuntos a critério do poder regulamentar do Executivo, ao sabor de suas circunstâncias e conveniências.

A doutrina que pregava serem os detalhes os únicos objetos possíveis de um regulamento era considerada imprecisa e obscura por MOREAU (1902 A, pp. 41 e 48), visto que, para ele, “*a diferença entre o princípio e o detalhe é relativa; uma tal regra poderia ser um detalhe sob o olhar de um, e um princípio sob a perspectiva de um terceiro*”. De outro lado, esse autor refutava o *status* da lei como única fonte do direito, dado que também o regulamento resultava na modificação do funcionamento jurídico do Estado.

Mesmo sendo as leis e os regulamentos, segundo Moreau, iguais em quase tudo, existiria para esse autor uma única diferença entre tais atos normativos, qual seja a qualidade de seu autor:

“Em que então o regulamento e a lei, assemelhados pela característica de que contêm uma disposição geral e um ato de poder público, são diferentes? No fato de que a lei emana do Parlamento, ou seja, de um órgão preponderante da coletividade suprema, enquanto o regulamento é feito por um órgão subordinado ou por uma coletividade inferior. Em outros termos, o regulamento e a lei têm a mesma natureza intrínseca, eles diferem pela autoridade que os fazem, e a diferença é hierárquica.” (MOREAU 1902 A, p. 50) [tradução livre]

A superioridade hierárquica da lei não significava para MOREAU (1902 A, pp. 52 e 61) que o presidente da República estivesse a serviço do parlamento; mas que ele deveria obedecer às leis assim como todos os cidadãos. Não contrariando as leis postas, o Executivo poderia editar regulamentos que teriam força essencialmente equivalente a das leis, impondo-se a cidadãos, funcionários e tribunais.

Em crítica ao livro escrito por Moreau, Gaston Jèze publicou artigo filiando-se à corrente mais tradicional a respeito da distinção entre leis e regulamentos, ao lado de

autores como Esmein, Barthélemy e Hauriou. No intuito de combater o autor marselhês, JÈZE (1902, pp. 12 e 14-15) partiu do pressuposto – que atribuiu não a Rousseau, mas ao bom senso – de que “*o poder não se delega*”, afirmando que o poder Legislativo delegado ao parlamento pela Constituição seria exclusivo e indelegável. Assim, de acordo com Jèze, ao Executivo seria vedado elaborar atos assemelhados às leis, o que levaria ao problema de se buscar uma diferença substancial entre leis e regulamentos. Nesse sentido, explica esse autor que, sendo os princípios reservados às leis, o que Moreau chamou de delegação não passaria de um convite a que o Executivo assumisse uma competência que já lhe pertencia.

A réplica de MOREAU (1902 B, p. 257) não tardou a acontecer. Por meio da mesma revista em que Jèze o havia criticado, o professor de Marselha reafirmou os fundamentos de sua teoria e destacou que “*se apoiava em fatos, ao invés de supostos princípios tomados de empréstimo de doutrinadores do século XVIII*”. Às acusações de “*falta de bom senso*”, Moreau respondeu com ironia:

“Eu ressaltei que, se o poder não se delega, compreende-se com dificuldade que o poder tenha sido delegado uma primeira vez pelo povo; e se ele poder ser delegado uma vez, como não o poderia ser duas vezes? Sobre todos esses pontos, tenho diante de mim duas objeções verdadeiramente insuficientes: a repugnância e o bom senso de muitos autores franceses, em desacordo com numerosas autoridades jurídicas e com os fatos. Não é o bom senso frequentemente um preconceito cristalizado, e a repugnância um misonéismo instintivo e irrefletido?” (MOREAU 1902 B, p. 262) [tradução livre]

Somaram-se aos argumentos de Moreau a tese de doutorado de Georges CAHEN (1903, p. 161), publicada como livro também no início do século XX. Esse autor estudou as diferenças que separavam a doutrina e a jurisprudência, os publicistas e os homens de Estado, a respeito da natureza e a extensão do poder regulamentar. Assim como o professor marselhês, também Cahen procurou escorar-se nos fatos para refutar as teses da doutrina tradicional, em cuja tarefa citou, dentre outros, o regulamento sobre circulação de automóveis de 10 de março de 1889 – já aludido acima.

CAHEN (1903, pp. 191-192) pôs em destaque a análise do referido regulamento, pois nele encontrou diversas evidências de que as teses de Jèze, Esmein, Barthélemy e Hauriou estavam completamente erradas. Em primeiro lugar, ressaltou o fato de que o decreto veiculador do comentado regulamento foi editado pelo presidente da República em razão de sua própria autoridade, independentemente de qualquer lei anterior. Demais disso, constatou que tal regulamento modificou regras pertinentes à liberdade de profissão, visto que passou a exigir dos condutores um certificado de capacidade expedido pelo poder público. Além disso, alterou regras sobre liberdade do comércio e

da indústria, ao impor aos construtores de automóveis a observância de certas especificações a título de medidas de segurança. Não existiria prova mais incontestada da semelhança substancial entre as leis e os regulamentos, restando a diferença apenas quanto ao órgão que os produz.

Esse mesmo autor também procurou responder à pergunta sobre a necessidade de expressa delegação legal para que as autoridades governamentais pudessem editar regulamentos. Mesmo reconhecendo que o tema da legitimidade do poder regulamentar era matéria de acirradas e violentas controvérsias doutrinárias, CAHEN (1903, pp. 236 e 260) se posiciona contrariamente a tal exigência. Para ele, o poder regulamentar decorreria da própria natureza do poder Executivo, que não deveria existir para se limitar a executar automaticamente as ordens transmitidas pelo Legislativo. Em lugar de serviçal do parlamento, o Executivo seria um poder tão autônomo e independente quanto aquele:

“Mas essas regras [do Parlamento] são insuficientes, incompletas, o governo que lhes assegura a aplicação deve se abster de toda ação ou deve acabar por exprimir as concepções que foram previamente apenas esboçadas? (...) Não se pode conceber um governo que seria reduzido a apenas comunicar os comandos houvessem sido expressa e formalmente prescritos pelas leis. Uma de suas principais funções é de assegurar a ordem, a segurança pública. Se nenhum texto [legal] lhe atribui poderes de polícia, sua própria existência seria suficiente para que ele [o Executivo] outorgasse a si mesmo esse poder. (CAHEN 1903, p. 261)” [tradução livre]

De acordo com essa tese, o Executivo estaria autorizado a tomar todas as medidas necessárias ao cumprimento de suas missões constitucionais, ainda que diante de omissão legislativa:

“Se então o governo possui em si mesmo, em sua razão de ser, a prerrogativa geral de editar regulamentos de direito, se, de outro lado, as Constituições confirmam e sancionam esse direito, não é necessário que uma delegação expressa do legislador lhe atribua essa prerrogativa. (CAHEN 1903, p. 262)” [tradução livre]

Portanto, segundo Cahen, apenas a Constituição e as leis – nessa ordem de hierarquia – poderiam limitar a amplitude do poder regulamentar. Dessa forma, caso uma matéria fosse constitucionalmente reservada ao âmbito do legislativo, um regulamento não poderia ser editado sem lei prévia. Da mesma forma, uma vez editada a lei, um regulamento não a poderia contrariar, mas apenas agir em suas lacunas. Em síntese, seria atribuição implícita do poder Executivo – com o objetivo de se desincumbir de seus deveres constitucionais – regulamentar qualquer matéria não expressamente vedada pela Constituição ou por lei. E com tal exercício regular de suas

atribuições, o poder Executivo não usurparia nenhuma função ao Legislativo, ao lhe suplementar o silêncio (CAHEN 1903, pp. 263 e 310):

“Ela [a autoridade regulamentadora] não faz mais que cumprir sua missão própria; ela substitui espontaneamente, em virtude das necessidades mesmas do organismo social, outra autoridade [legislativa] que negligencia de realizar todo o seu dever, até o momento em que esta lhe retirar [da autoridade executiva] tal atribuição, retomando-a à sua conta exclusiva. (CAHEN 1903, p. 312)” [tradução livre]

Desse modo, consoante Cahen, se o Legislativo poderia, a todo momento que julgasse oportuno, suprimir qualquer regulamentação expedida pelo Executivo e recuperar seu papel negligenciado, qual possível perigo adviria para as liberdades públicas? De acordo com esse autor (1903, pp. 312-313), da atuação *secundum* ou *praeter legem* não resultaria nenhum malefício à sociedade. Dito em outras palavras, estaria resguardada a legitimidade dos regulamentos administrativos.

Convém perceber que a corrente doutrinária que defendia o alargamento do poder regulamentar – com a qual se identificavam Duguit, Moreau e Cahen – coincidiu com uma grande intervenção da administração pública na vida nacional, verificada nos primeiros anos do século XX, e que tendeu a acelerar-se após a 1ª Guerra Mundial. O poder público foi então investido de atribuições múltiplas, tanto em função de circunstâncias prementes quanto em razão de linhas ideológicas favoráveis ao uso de instrumentos administrativos como forma de realização do progresso e da justiça social. Assim, para lidar com os desafios econômicos e sociais da recessão dos anos 30, assegurar a defesa nacional, o Estado teve de operar com poderes reforçados, que muitas vezes rivalizaram com as atribuições do parlamento. Da mesma forma, a evolução tecnológica impôs ao Estado o dever de elaborar disciplinas jurídicas inéditas para viabilizar o uso seguro e organizado de novas invenções, como as questões relacionadas à circulação de automóveis, radiodifusão, telecomunicações e aviação. (BURDEAU 1995, p. 361).

Como a maneira mais eficiente e célere de o Estado desincumbir-se de suas novas obrigações era por meio do poder Executivo, o art. 3º da Lei Constitucional de 1875⁹⁸ foi interpretado de modo a conferir ao presidente da República um largo poder regulamentar. Essa interpretação foi corroborada não só pela doutrina, mas também pelo Conselho de Estado em 1919, mediante o acórdão Labonne. Nessa decisão examinou-se um recurso interposto contra a cassação de uma carteira de motorista, sob o argumento

⁹⁸ “Artigo 3º. – O presidente da República tem a iniciativa das leis, concorrentemente com os membros das duas câmaras. Ele promulga as leis tão-logo elas tenham sido votadas pelas duas câmaras; ele supervisiona e assegura a execução delas. (...)”

de ilegalidade do decreto de 10 de março de 1889, que disciplinou a circulação de automóveis – já anteriormente mencionado por Duguit e Cahen. Nesse caso, o Conselho de Estado decidiu que:

“(…) cabe ao chefe de Estado, a despeito de qualquer delegação legislativa e em virtude de seus próprios poderes, determinar as medidas de polícia que devem em qualquer situação ser aplicadas no conjunto do território nacional (...). (LONG, WEIL e BRAIBANT 2006, p. 139)” [tradução livre]

Percebe-se que o Conselho de Estado adotou tese idêntica àquela já defendida anos antes por Georges Cahen, ao reconhecer poder geral de polícia constitucionalmente implícito ao presidente da República, que pode agir inclusive diante da inércia do legislador. Em que pese a jurisprudência tenha abraçado a tese sustentadora de uma maior intervenção do poder Executivo em diversas áreas da vida social, nem todos os doutrinadores se convenceram das razões do Conselho de Estado.

Foi o caso de Carré de MALBERG (1931, pp. 10, 33 e 60), que na década de 1930 publicou obra em que se declarou filiado ao positivismo jurídico, adotando, quanto às leis e aos regulamentos, distinções similares àquelas já dissecadas pela doutrina clássica. Para esse autor, o Executivo deveria restringir sua atuação normativa a detalhar leis previamente editadas, sem que pudesse acrescentar no ordenamento jurídico nada de inédito em relação aos textos legais. Dessa forma, o chefe de Estado não daria nenhum poder próprio que pudesse exercer em paralelo à função legislativa do parlamento, ainda que a pretexto de manter a ordem pública. Com tal pensamento, Malberg negava o fundamento jurídico empregado pelo Conselho de Estado no acórdão Labonne, a quem acusou de utilitarista:

“É espantoso que jurisprudências tenham pretendido manter a validade de regulamentos dessa espécie [não habilitados previamente pelo Legislativo] por ocasião do julgamento dos recursos administrativos interpostos pelos interessados ofendidos. Talvez ela [a jurisprudência] tenha se deixado impressionar por considerações de ordem utilitária: é possível que, com efeito, que o princípio da Constituição que não admite senão regulamentos que executem leis não satisfaça sempre os interesses de ordem prática.” (MALBERG 1931, p. 61) [tradução livre]

Findo o Regime de Vichy e a 2ª Guerra Mundial, os fundadores da 4ª República francesa resolveram reduzir ao máximo os poderes conquistados pelo Executivo, estabelecendo no art. 13 da Constituição de 1946 que *“apenas a assembleia nacional vota a lei e que ela não poderia delegar esse direito”*. Apenas alguns anos depois, as necessidades do Estado já demandavam soluções jurídicas para novamente alargar os poderes do Executivo, do que resultou a lei de 17 de agosto de 1948, que listou as

matérias “*naturalmente reservadas ao poder regulamentar*” (BURDEAU 1995, p. 386).

Esse frágil arranjo institucional engendrado à revelia da literalidade da Constituição de 1946 não tardou a fracassar, tão logo o parlamento logrou reconquistar as matérias anteriormente abandonadas aos cuidados do Executivo. Foi então necessária a aprovação de um novo texto constitucional para devolver ao sistema político francês o equilíbrio entre poderes que satisfizesse as pretensões interventivas do Estado sobre certas matérias. Com esse propósito foram redigidos os artigos 34 e 37 da Constituição de 1958 (FAVOREU 1981, p. 35). Enquanto o primeiro deles estabelecia as matérias reservadas ao domínio da lei, esse último dispunha:

“Art. 37. As matérias excluídas do domínio da lei tem um caráter regulamentar.

Os textos legislativos que tenham intervindo nessas matérias podem ser modificados por decreto após decisão do Conselho de Estado. Aqueles textos que intervierem após a entrada em vigor da presente Constituição não poderão ser modificados por decreto senão após declaração do Conselho Constitucional de que eles têm caráter regulamentar em virtude da alínea precedente.” [tradução livre]

Embora a intenção tenha inegavelmente sido a de delimitar com precisão as diferentes áreas de atuação da lei e dos regulamentos, passados quase vinte anos da aprovação do novo texto constitucional, Louis FAVOREU (1981, pp. 32-35) anotava que as fronteiras entre um e outro instrumento normativo persistiam móveis. Tendo em vista que os tribunais administrativo e constitucional foram chamados a resolver as disputas entre Executivo e Legislativo, coube à jurisprudência delimitar os novos marcos fronteiros, que variaram ao longo dos anos conforme o clima político da época, com ligeira vantagem para o domínio da lei. Tal ainda era a incerteza causada pela nova sistemática que esse autor chegou a questionar, no início da década de 1980, qual teria sido a real diferença em relação ao modelo anterior:

“(…) pode-se questionar então onde está a diferença em relação à situação anterior a 1958. Se se admite, com efeito, que a separação entre lei e regulamento não é rígida e de ordem pública, mas é flexível e violável; que essa separação é vertical, e não horizontal; que o legislador, de fato senão de direito, sente-se livre para incursionar em searas a princípio reservadas ao poder regulamentar: onde está a mudança? (FAVOREU 1981, p. 35)” [tradução livre]

O próprio FAVOREU (1981, p. 35) responde ao questionamento, afirmando que a Constituição de 1958 ao menos trouxe consigo um mecanismo que permite ao Executivo questionar legitimamente eventuais transgressões à repartição constitucional de competências. Ainda que os questionamentos judiciais tenham resultados incertos,

passou a existir uma via recursal para as potenciais queixas de usurpação formuladas pelo Executivo contra o Legislativo. Não deixa de ser intrigante o ponto de vista apresentado por esse autor, uma vez que todas as reclamações de invasão de competências sob os regimes anteriores eram feitas pelo Legislativo contra o Executivo – conforme descreve o mesmo Favoreu.

Tanto o avanço do Executivo sobre as competências atribuídas à lei pela doutrina clássica inspiradora das diversas constituições anteriores, como o posterior transbordamento das competências legislativas do atual regime francês fazem suscitar o questionamento sobre legitimidade democrática do poder regulamentar. Sem dúvida, como já visto nas páginas deste estudo, a edição de regras de direito por um órgão não considerado representante da soberania popular é o fundamento teórico dos principais argumentos dos pensadores que se posicionaram em desfavor do poder regulamentar – conforme conceituado por Michel Verpeaux. O próximo subcapítulo procurará sintetizar esse problema, preparando-o para receber o tratamento que lhe será dado no Capítulo 3, sob a perspectiva da teoria política de Pierre Rosanvallon.

2.3. As entrelinhas da disputa doutrinária em torno do poder regulamentar: a legitimidade democrática

O caminho trilhado pelos subcapítulos e capítulos antecedentes conduz ao inevitável encontro de seis sintéticas constatações e de uma consequente pergunta, tocante à relação entre o poder regulamentar e a legitimidade democrática em um modelo político de separação de poderes. As constatações, como será visto, são objeto dos próximos parágrafos, ao final dos quais será exposto o questionamento delas decorrente. A abordagem da referida pergunta, todavia, cumprirá ao Capítulo a seguir.

A primeira das constatações acima anunciadas corresponde à evidência de que, num modelo institucional de separação de poderes como aqueles tradicionalmente positivados nas constituições francesas, a manifestação da produção normativa do poder Executivo⁹⁹ tem a capacidade de rivalizar com a atuação do poder Legislativo, seja ela

⁹⁹ Essa manifestação da produção normativa do poder Executivo deve ser entendida como o poder regulamentar, tal qual definido por Michel Verpeaux. Para esse autor, o poder regulamentar consiste na capacidade de uma autoridade diferente do corpo legislativo editar atos que compreendam disposições gerais, abstratas e impessoais, não destinados apenas a interpretar legislação anterior, e que devam conter medidas novas em relação ao ordenamento jurídico vigente, e suscetíveis de serem aplicadas diretamente aos administrados tanto quanto as leis (VERPEAUX 1991, p. 357).

virtual ou efetiva, a depender da corrente doutrinária adotada.¹⁰⁰ Em outras palavras, e de acordo com a opinião unânime dos administrativistas analisados, tomado o fato de que a distribuição constitucional de poderes no modelo francês¹⁰¹ pressupõe a superioridade hierárquica das leis sobre os regulamentos, os regulamentos administrativos não podem contrariar comandos expressos contidos em textos de lei.¹⁰² Entretanto, e agora ao menos na opinião de Duguit, Moreau e Cahen, tais regulamentos têm a capacidade de tingir os espaços deixados em branco pelas leis existentes; ou podem até mesmo esboçar, nas telas em que lei alguma se dispôs a emoldurar, as linhas disciplinadoras de uma dada matéria não reservada¹⁰³ expressamente na constituição à atividade legislativa.¹⁰⁴

Entre as disputas doutrinárias em torno da extensão do poder regulamentar notam-se, portanto, duas grandes vertentes opostas. Uma é apoiada por autores que combinaram, à sua maneira, ideias emprestadas de Montesquieu e Rousseau para defender um modelo de separação de poderes que implicasse a supremacia do poder Legislativo. Sendo o representante da vontade geral do povo, esse poder teria ascendência sobre o Executivo, ao qual apenas corresponderia a força que realiza a vontade popular. Essa corrente foi apoiada em suas linhas gerais por inúmeros juristas, a exemplo de Portalis, Laferrière, Hauriou e Jèze. Outra vertente é aquela que, mesmo reconhecendo a superioridade hierárquica da lei, compreendeu o sistema de separação de poderes segundo uma perspectiva mais aproximada da visão original de Montesquieu, a qual não pressupunha a onipotência do Legislativo em detrimento dos demais poderes. Assim, de forma a repudiar o estado de inação a que seus opositores pretendiam condenar o Executivo, autores como Duguit, Moreau e Cahen sustentaram

¹⁰⁰ Se adotada uma concepção restritiva do poder regulamentar, que o limite a somente agir quando expressamente autorizado pelo poder Legislativo, torna-se possível falar em rivalidade efetiva entre os poderes Executivo e Legislativo. Por outro lado, caso se abrace a tese consoante a qual o Executivo está livre para editar regulamentos sob a condição única de que não violem texto expresso de lei ou da constituição, apenas se poderia tratar de uma rivalidade meramente virtual, haja vista que os espaços legais efetivamente ocupados não seriam objeto de disputa entre os poderes – ao menos não o são no plano jurídico positivo.

¹⁰¹ Vale ressaltar que o modelo brasileiro não se distingue substancialmente do paradigma francês, nesse aspecto.

¹⁰² O princípio segundo o qual a norma superior derroga a inferior é um dos fundamentos da teoria geral do direito, aplicável para casos de conflitos entre normas hierarquicamente diferentes.

¹⁰³ Nesse ponto, é importante esclarecer que um regulamento administrativo elaborado independentemente da existência de lei anterior somente pode ser válido caso não exista na constituição reserva explícita do disciplinamento da matéria em questão à lei. A título exemplificativo, e de um modo geral, a instituição de tributos e a tipificação penal são matérias tradicionalmente reservadas pelas constituições à lei.

¹⁰⁴ Essa opinião, como visto no subcapítulos anteriores, foi em linhas gerais compartilhada por Léon Duguit, Félix Moreau e Georges Cahen.

que o Executivo poderia exercer o seu poder normativo ainda que o Legislativo não o tivesse expressamente autorizado a tanto.

Como já visto, as contendas em torno da amplitude do poder executivo começaram lado a lado com o próprio processo constituinte que resultou na primeira Constituição francesa – de 1791. Devem ser recordados, nesse sentido, os esforços dos monarquistas revolucionários – em oposição à corrente de inspiração jacobina que pregava a concentração de poderes na Assembleia – para dotar o poder Executivo de meios com que pudessem se contrapor à força do Legislativo. Da mesma forma, sob o regime do Diretório, merecem lembrança as insistentes queixas de vários deputados contra a “usurpação” da vontade geral do povo pelo exercício do recém-nascido poder regulamentar.

Nesse cenário de intensas querelas, não se pode deixar de perceber que nas entrelinhas de todos discursos favoráveis e contrários ao desenvolvimento do poder regulamentar encontrava-se um mesmo tema central, inescapável a qualquer argumentação: a legitimidade democrática do exercício do poder. Desde que Rousseau inspirou os revolucionários de 1789 a enxergarem na vontade geral do povo a fonte de todo o poder, as disputas entre o Legislativo e o Executivo sobre o avanço do poder regulamentar sobre a seara das leis não conseguiram fugir ao tema da legitimidade conferida, de uma maneira ou de outra, pelo sufrágio popular. É o que se resgata dos ataques desferidos por Isambert contra o uso extensivo do poder regulamentar sob a Constituição de 1814. Esse autor procurou demonstrar a ilegitimidade do uso indiscriminado de regulamentos, ao equipará-los à mera vontade particular do poder Executivo, enquanto as leis corresponderiam, em sua opinião, à vontade geral do povo.

Apesar de os conflitos doutrinários e ideológicos em redor da legitimidade do modelo de separação de poderes sempre terem estado longe da pacificação, constatou-se que o poder regulamentar, com maior ou menor desenvoltura, existiu de fato desde o período do Diretório, tendo sobrevivido a todas as intempéries até alcançar a sua consagração máxima por meio da Constituição francesa de 1958. A história do nascimento do poder regulamentar, como bem demonstrou Michel Verpeaux, foi marcada pelo abismo existente entre discurso majoritário dos ideólogos da Revolução Francesa e a prática cotidiana desenvolvida pelo poder Executivo desde o seu princípio. De igual modo, o crescimento do poder regulamentar no curso do século XIX deu-se à margem de um aprofundamento teórico que o respaldasse.

Apenas com a proximidade do século XX é que surgiram autores, capitaneados por Léon Duguit, dispostos a formular teorias jurídicas que explicassem a realidade da relação entre os poderes, ao invés de tentarem modular os fatos para que se encaixassem nas formas dogmáticas das teorias liberais tradicionais. Recordem-se, nesse ponto, as críticas trocadas entre Félix Moreau e Gaston Jèze a respeito da amplitude do poder regulamentar em face da lei.¹⁰⁵

Chegado um novo milênio, e diante da perceptível constatação de que o poder regulamentar age de fato a plenos pulmões, mostra-se necessário rediscutir a legitimidade do exercício desse poder. É preciso revisitar as raízes da necessidade da legitimação democrática do poder para que se possa responder à indagação decorrente das constatações acima resumidas: como é possível a convivência entre o poder regulamentar e o imperativo de legitimidade democrática, em um modelo político de separação de poderes?

¹⁰⁵ Após a publicação de “*Le Règlement Administratif*” por Félix Moreau, em 1902, Gaston Jèze publicou crítica incisiva à tese central dessa obra. Em defesa de seu livro, Moreau ofereceu réplica aos argumentos de Jèze – ver páginas 106-107 deste trabalho.

3. Velhas e novas perspectivas sobre legitimidade democrática da ação administrativa do Estado

3.1. Uma proposta de complexificação da teoria da legitimidade democrática

Ao longo da evolução do pensamento político-jurídico sobre o poder regulamentar na França, discutida no Capítulo antecedente, percebe-se a centralidade da questão da legitimidade democrática da atuação estatal. Essa questão foi continuamente debatida em meio às desavenças entre doutrinadores. Como visto, os administrativistas franceses divergiram repetidamente acerca das relações entre Legislativo e Executivo, tanto no que se refere à realidade empírica – que dizia respeito a como estavam ocorrendo, no plano dos fatos, as práticas constitucionais e administrativas efetivas – quanto no plano doutrinário – em que se desenvolveram os embates abstratos sobre como as práticas legislativas e administrativas deveriam ocorrer. Na compreensão desse quadro evolutivo, contudo, é preciso ressaltar que as ideias lançadas nos finais do século XVIII, no sentido de que o povo seria a única fonte legítima do poder – o qual seria exercido por seus representantes ungidos em sufrágio popular –, alastraram-se pelos séculos seguintes e, de um modo geral, acabaram se impondo como uma evidência incontestável.

Apesar de mais de dois séculos terem se passado desde que tal ideário deixou seu berço, alerta Pierre ROSANVALLON (2008, p. 23) que o campo conceitual em que a teoria democrática foi desenvolvida não mudou substancialmente ao menos até a década de 1980. De fato, conforme ressalta esse autor, questões referentes ao “*governo representativo, a democracia direta, a separação de poderes, o papel da opinião e os direitos do homem foram postas durante todo esse tempo em termos praticamente inalterados*”. E, no âmbito doutrinário, o protagonismo do poder Legislativo acabou por transformar a atuação administrativa do Executivo em objeto marginal da teoria política.

Para que se possa apreender o significado mais abrangente dos debates *jurídicos* evidenciados no material doutrinário já exposto, será importante entender o significado *político* atual da tese dos juristas favoráveis à centralidade e superioridade do Legislativo em relação ao Executivo. E pode ser acrescentado que Rosanvallon ajuda a empreender essa tarefa, ao problematizar, diante dos desafios contemporâneos, a tese da superioridade constitucional e política do Legislativo.

Ao citar Michel VERPEAUX (1991), Rosanvallon relembra que, desde a revolução francesa, o poder legítimo da “*generalidade*”, associado à elaboração das leis, é oposto ao poder suspeito de gerir “*particularidades*”, que tenderia a ser a essência do Executivo (ROSANVALLON 2008, p. 29). A relativa autonomia de que hoje goza a esfera da ação governamental na maioria dos países ocidentais foi conquistada a duras penas, tantos foram os obstáculos intelectuais ao seu reconhecimento. Com o objetivo de analisar com maior profundidade as diferentes facetas da atuação governamental sob a perspectiva de um conceito de democracia tornado complexo pela contemporaneidade, Rosanvallon propõe-se, de início, a desmitificar o eixo central do senso comum da legitimidade democrática: o elemento majoritário.

A partir do momento em que ROUSSEAU (1923, p. 310) difundiu a máxima segundo a qual “*voz da maioria obriga sempre todas as outras*”, o princípio majoritário mascarou um pressuposto decisivo: a ideia de que, aceita essa máxima rouseauniana, a legitimidade política somente seria atingida sob a condição da sustentação unânime dos cidadãos. De acordo com Rousseau, o cidadão consente com todas as leis, mesmo com aquelas que são aprovadas apesar de sua vontade, e que eventualmente o pune em caso de violação legal. Para Rousseau, o sufrágio universal não significava colher as opiniões individuais de cada cidadão sobre um dado assunto, mas averiguar se este estaria ou não em conformidade com a vontade geral – do cálculo das vozes aferidas em sufrágio universal é que resultaria a expressão da vontade geral.

Na visão da democracia liberal, cada cidadão é portador de direitos individuais irredutíveis, sendo o consentimento de todos a garantia única e indiscutível de respeito em relação a cada um. Segundo ROSANVALLON (2008, p. 33), essa concepção individualista do requisito da unanimidade constitui um princípio fundador do Estado de direito. Assim, as instituições do sufrágio universal e do Estado de direito, idealmente superpostas, definem conjuntamente o regime democrático. Contudo, adverte que a exigência de unanimidade que sustenta o ideal democrático não se limita a esse enunciado. O pressuposto da unanimidade também estaria ligado a uma interpretação com viés antropológico, relacionada ao conceito de uma sociedade consubstanciada num corpo uno. É o que pensava ROUSSEAU (1923, p. 243), ao afirmar que “*a lei da pluralidade de sufrágios era ela mesma uma convenção e supunha, ao menos uma vez, a unanimidade*”.

Nesse contexto, ao mesmo tempo em que os regimes democráticos que receberam a influência de Rousseau adotaram o princípio da maioria como uma necessidade procedimental prática – ou seja, uma “*unanimidade aritmética*” dos sufrágios –, eles continuaram imersos no antigo mundo político de uma “*unanimidade substancial*”, concebida como valor moral, político e social intrínseco. Assim, embora a legitimidade eleitoral contivesse necessariamente o elemento majoritário, o pressuposto antropológico e subjacente da unanimidade substancial acabaria por redundar em contradições internas que poriam seu conceito em xeque (ROSANVALLON 2008, p. 34).

Segundo ROSANVALLON (2008, p. 35), nas sociedades da Antiguidade, a realização de uma sociedade unida e pacificada era a definição do ideal político. No desejo de corroborar seu ponto de vista, esse autor cita a construção de templos em homenagem à deusa romana da *Concordia* – equivalente à deusa grega da concórdia *Homonoia* – e o significado do emblema latino SPQR – *Senatus populusque romanus*. Por essa frase, a cultura romana expressava o sentimento de que o povo e o senado perfaziam um todo único, pelo qual este último encarnava as aspirações do primeiro. Não havia em Roma, portanto, a ideia de representação ou de mandato, mas de identificação dos governantes com o povo. Existindo somente enquanto totalidade, a sociedade não comportava qualquer técnica política que manifestasse uma divisão social, do que decorre a importância da “*aclamação popular*” como ideal simbólico do consenso social. Mesmo sendo improvável um acordo ou desacordo total no seio da sociedade, tratava-se de um consenso aparente, que funcionava de forma a testemunhar o bom funcionamento da comunidade política.

Também a Igreja católica contribuiu para a afirmação dessa cultura antiga da participação-unanimidade. As primeiras comunidades cristãs tinham em seu embrião um forte sentimento igualitário, antes do surgimento da estrutura hierárquica eclesiástica. Muitos dos vocábulos hoje apropriados pelas teorias da deliberação e da participação social foram desenvolvidos por tais comunidades cristãs, como o *sufrágio universal* como meio de qualificar decisões, e o termo *unanimitas*, para traduzir a aspiração de uma verdadeira comunhão entre seus membros (ROSANVALLON 2008, p. 37).

Após o advento da estruturação hierárquica da Igreja, o ideal de unanimidade não foi deixado de lado, tendo o papa Celestino I promulgado regra segundo a qual “*ninguém poderia ser bispo sem a aceitação do povo cristão*”. A eleição dos bispos,

entretanto, nada tinha de parecido com o conceito que se tem desse verbete atualmente. Ao invés de candidatos, boletins, urnas e contagem de votos, a eleição consistia na manifestação coletiva de aprovação feita pelo povo diante da autoridade eclesiástica, performando um ritual de comunhão. Nessa expressão maciça de confiança não havia espaço para abstenções ou discordâncias (ROSANVALLON 2008, p. 38).

O termo *eleição* não era, portanto, associado à noção de *escrutínio*, entendido como método de recenseamento das escolhas individuais. Em lugar das eleições por aferição visual ou vocal, os primeiros escrutínios foram utilizados em pequenos grupos dirigentes, como forma de resolver hesitações diante de uma escolha difícil. Justamente pelo receio de que a contagem de vozes resultasse em divisão social, a técnica do sorteio era bastante difundida como mecanismo de escolha de edis comunais. Era um meio de substituir a unanimidade e evitar ao máximo a discórdia (ROSANVALLON 2008, p. 40).

De todo modo, constata-se que a noção de unanimidade não possuía nenhuma significação aritmética, remetendo, ao contrário, a uma ideia de “*qualidade social*”. Significava, antes de tudo, um estado da coletividade social, um atributo que caracteriza sua constituição. É essa dimensão antropológica da unanimidade que marca os primeiros sentidos da participação popular na expressão da vida coletiva. Participar da vida da comunidade era menos tomar partido ou manifestar sua opinião particular que configurar o ideal cívico de se mostrar incluído no todo social (ROSANVALLON 2008, p. 40).

Apesar de o princípio da maioria simples como técnica de decisão ter sido implementado em 1221 pela ordem religiosa dos dominicanos, ROSANVALLON (2008, pp. 42 e 44) nota que Rousseau, ao defender o método majoritário, não tinha em mente – assim como tampouco Locke – que uma sociedade politicamente bem organizada pudesse repousar sobre a confrontação positiva entre maioria e minoria. Como já visto, a teoria do pensador franco-suíço pressupunha o ideal de unidade política expressada pela vontade geral.

Somente com o surgimento do direito de sufrágio após 1789 a questão do princípio majoritário passou a ser discutida em termos diferentes e mais práticos,¹⁰⁶

¹⁰⁶ Embora Rosanvallon mantenha o foco de sua análise nas modificações do ideal de unanimidade decorrentes da aplicação prática do princípio do sufrágio majoritário a partir da Revolução Francesa, CASTRO (2005) observa que desde Maquiavel a aspiração pelo consenso tem opositores. Nesse sentido, Castro afirma que Maquiavel rejeitou as ideias renascentistas que pregavam a necessidade de preservação pacífica da ordem, para ressaltar a qualidade de um regime político que permitisse a “*cisão política*”,

ainda que não rompesse de todo com a antiga acepção de unanimidade nutrida desde a Antiguidade. A defesa do sufrágio universal feita por Sieyès em sua obra “*O que é o terceiro Estado*” ilustra que sua teoria não mais se inscrevia em uma perspectiva de “*sociedade-comunidade*”, mas calcava-se no imperativo de igualdade absoluta entre os cidadãos, percebidos em sua individualidade:

“Todo o cidadão que reúna as condições determinadas para ser Eleitor tem o direito de se fazer representar, e sua representação não poder ser uma fração da representação de um outro. Esse direito é uno; todos o exercem igualmente, como todos são igualmente protegidos pela lei, com cuja elaboração todos concorreram.” (SIEYÈS 1789 A, p. 48) [tradução livre]

SIEYÈS (1789 A, p. 127) explicava que a soma das vontades individuais era a origem do poder da nação, dando forma à vontade comum de seu povo. Ainda de acordo ele, a vontade comum não poderia destruir a si própria, de forma a fazer com que a opinião da minoria suplantasse a da maioria. Nesse ponto, ROSANVALLON (2008, p. 44) nota que Sieyès não deixou de apoiar sua teoria do pressuposto ideal de unanimidade, mas o fez mediante uma metodologia aritmética. Criou, portanto, a “*ficção*” de que a “*maioria*” apurada em escrutínio seria equivalente à “*unanimidade*”. É o que se depreende das palavras do próprio constitucionalista francês:

“Uma associação política é obra da vontade unânime de seus associados. (...) Sente-se bem que a unanimidade, sendo uma coisa muito difícil de se obter num conjunto pouco numeroso de homens, torna-se impossível numa sociedade com vários milhões de indivíduos. A união social tem os seus fins; é preciso então adotar os meios possíveis de os alcançar; é preciso então se contentar com a maioria.” (SIEYÈS 1789 B, p. 38) [tradução livre]

É interessante analisar a contradição conceitual que se instaurou na França a partir de 1789 (ROSANVALLON 2008, p. 49). De um lado, estabeleceu-se o imperativo de igualdade que exigia a consideração da individualidade existente em cada sujeito por meio de uma apreensão aritmética da democracia, fazendo ruir a antiga estrutura político-social lastreada em estamentos e corpos sociais. Por outro, essa nova filosofia política levava invariavelmente à exaltação de uma nação-una, na qual o ideal de igualdade e fraternidade exigia desaparecimento das distinções e particularidades anteriormente consagradas, dando lugar a uma sociedade imaginada como homogênea e completa. Dessa forma, além da “*unanimidade*”, outro atributo passou a integrar a essência do conceito de democracia no período: a “*imediatez*” das relações entre a nação e o indivíduo, uma vez que todos os corpos intermediários eram então proscritos da vida social francesa.

qual caracterizaria o sentido de mudança radical e de inovação, em contraste com a uniformidade e a inércia.

Mesmo quando o sufrágio universal foi restabelecido na França após 1848, seu conceito persistiu associado à realização da “*concordia nacional*”, ao invés de ser percebido como um procedimento de competição entre ideias. Esse quadro só começou a mudar a partir de quando ganham importância os partidos políticos, no início do século XX, embora nessa época ainda fosse difundido o pensamento de que uma “*boa política*” deveria conduzir à supressão dos conflitos partidários. Assim, direita e esquerda tinham em seus ideais políticos neutralizar a ideologia adversária (ROSANVALLON 2008, p. 51).

Apesar de pouco refletida em suas contradições internas, o princípio majoritário, segundo Rosanvallon, foi silenciosamente introduzido como uma espécie de necessidade prática em todas as constituições democráticas. E com o passar do tempo, o sufrágio universal deixou de ser o mecanismo da consagração da união social para se tornar um meio de expressão da divisão social. A natureza da legitimação pelas urnas mudou radicalmente, tendo perdido sua mística de pacificação social e sua justificativa moral para se transformar em simples técnica de legitimação jurídica de uma escolha (ROSANVALLON 2008, p. 54).

Na virada para o século XIX para o XX, ondas antiparlamentares contribuíram para que surgisse na Europa dos anos 1920 a expressão “*crise da democracia*”, fruto das contradições internas ao regime democrático analisadas por ROSANVALLON (2008, pp. 56-57), e da incapacidade de atender as demandas de pacificação social. Uma década mais tarde, essa insatisfação popular alimentou a ideologia dos movimentos totalitários, que visavam proporcionar uma sociedade homogênea em detrimento da sociedade de indivíduos resultante do pensamento liberal então hegemônico.

Porém, é de grande importância ressaltar sobre essa evolução que, segundo aponta o citado cientista político francês, em contraposição ao desencantamento com o princípio majoritário, surgiu uma via mais modesta e eficaz de equilibrar as disfunções do sistema eleitoral-representativo e o resultante déficit de legitimidade: a instituição de um poder administrativo encarnando o interesse geral.

Assim, o início do século XX testemunhou o despertar de uma certa autonomia da máquina administrativa do poder Executivo em relação ao Legislativo – como já visto no capítulo anterior. Explica ROSANVALLON (2008, p. 59) que o crescimento do poder administrativo representou, por si só, uma ruptura no pensamento da política democrática então consolidada. Isso porque todas as instituições políticas haviam sido construídas em função do pressuposto de que todo o poder emanava de uma única fonte,

cujos comandos deveriam determinar as ações de todos os órgãos administrativos a ela inferiores: a soberania popular. Afinal, como já visto, o poder Executivo, nele estando compreendidos o governo e a administração pública, eram entendidos como órgãos subordinados ao Legislativo, representante da soberania popular e formulador da vontade geral.

O impacto na estrutura da administração pública em decorrência do surgimento de descompassos entre a legitimidade democrática e a soberania popular foi primeiro sentido nos Estados Unidos da América em 1829, com reflexos evidentes na França. Nesse ano Jackson foi eleito presidente daquele país e entendeu por bem aprofundar a democracia americana ao desalojar dos cargos de chefia pertencentes à estrutura do poder Executivo todos aqueles que haviam sido empossados nos governos anteriores. Estava assim inaugurado o “*sistema de despojos*”, que possuía sua justificativa no raciocínio de que todos os cargos públicos, num regime democrático, deveriam obedecer a uma linha direta e hierárquica que unisse o funcionário à autoridade eleita pelo povo (ROSANVALLON 2008, p. 60).¹⁰⁷

Na França, esses mesmos argumentos, acrescidos do receio de que funcionários estáveis se tornassem déspotas e independentes do poder eleito, prevaleceram até a década de 1880. A partir da vitória dos correligionários republicanos nas urnas, impulsionados pelo sentimento popular contrário às práticas de clientelismo e favorecimento pessoal em razão de cargo público, foi iniciado um processo de depuração da máquina administrativa que substituiu funcionários conservadores em todos os níveis hierárquicos, inclusive no Conselho de Estado. Consoante já anotado por Burdeau e Castro – ambos citados no capítulo precedente –, o século XX viu crescer o poder da administração pública em detrimento do prestígio do parlamento. ROSANVALLON (2008, p. 64) adiciona a tal observação que também nessa época surgiu a noção de “*República*”, associada à ideia de generalidade social, em oposição à democracia, sempre vinculada à formação majoritária.

Também foi nesse período em que floresceram teorias políticas e jurídicas que buscavam confrontar o ideário então consolidado sobre os alicerces do indivíduo e da soberania popular. No campo da sociologia, seguindo as pegadas de Alfred Espinas e

¹⁰⁷ Nos Estados Unidos da América, o *sistema de despojos* foi eliminado a partir da última década do século XIX, por meio da adoção de um modelo de *administração objetiva*, que procurava distanciar os órgãos públicos da ação maléfica do partidarismo. Nesse sentido, instituíram-se: (i) mecanismos de controle social, como a iniciativa popular e a revogação de mandatos; (ii) autoridades administrativas independentes de regulação, a exemplo da Comissão Interestadual de Comércio; e (iii) modelos de administração mais racionais e autônomos (ROSANVALLON 2008, p. 65).

Alfred Fouillée, Émile Durkheim destacou-se na crítica ao individualismo como fundamento da estrutura social, alegando que sua teoria se baseava antes em fatos que sobre ideologias. Para Durkheim, a sociedade não seria composta da soma de indivíduos atomizados, mas por uma rede de agrupamentos secundários coordenados e subordinados uns aos outros, os quais intermediariam as relações entre indivíduos e o Estado (ROSANVALLON 2004, pp. 271-273).

Teorizava DURKHEIM (2002, p. 69) que a ação estatal não representava de fato a vontade geral do povo, pois ao pensar e decidir, o Estado o faz pela sociedade, e não o contrário. Desse modo, o Estado não seria um simples canalizador das vontades populares, mas um centro organizador dos subgrupos que intermedeiam a sua relação com os indivíduos. Era assim que justificava o crescimento das funções do poder Executivo:

“Afiml, diz-se correntemente dessa parte do Estado, ou pelo menos do que se chama especialmente de governo, que ele contém o poder executivo. Mas a expressão é totalmente imprópria: o Estado não executa nada. (...) Nesse aspecto não há diferença entre o Parlamento ou os conselhos deliberativos de todos os tipos de que podem cercar-se o príncipe, o chefe de Estado e o governo propriamente ditos, o poder denominado executivo. (...) Toda a vida do Estado propriamente dito se passa não em ações exteriores, mas em deliberações, ou seja, em representações. (...) O Estado, pelo menos em geral, não pensa por pensar, para construir sistemas de doutrinas, mas para dirigir a conduta coletiva.” (DURKHEIM 2002, pp. 71-72)

Ao criticar o culto ao individualismo, o referido sociólogo francês afirmava que o Estado teria então outro papel a desempenhar que não o de zelar pelo respeito aos direitos individuais. Quanto a estes, DURKHEIM (2002, p. 80) destacava que não eram inatos ao indivíduo, mas obra do próprio Estado:

“Assim a história parece mesmo provar que o Estado não foi criado e não tem simplesmente o papel de impedir que o indivíduo não seja perturbado no exercício de seus direitos naturais, mas é o Estado que cria esses direitos, organiza-os e torna-os realidades. E, com efeito, o homem só é homem porque vive em sociedade.” (DURKHEIM 2002, p. 80)

Ainda de acordo com DURKHEIM (2002, pp. 84-88), a sociedade, ao mesmo tempo em que alimentava e enriquecia a natureza do indivíduo, tenderia necessariamente a submetê-lo, tendo em vista que constituiria grupo com uma força moral bastante superior à das partes. Tratava-se de uma “*lei de mecânica moral*” cujos efeitos somente poderiam ser elididos pela atuação do Estado, ente libertador das personalidades individuais em face da opressão dos grupos sociais intermediários. Por outro lado, seriam esses mesmos grupos intermediários que fariam o papel inverso de impedir que o Estado acabasse por subjugar a individualidade dos cidadãos.

Nesses termos, um modelo político que pressupusesse a identificação do Estado com a população não seria democrático, pois o contato imediato entre esses dois polos impediria a afirmação do Estado, que seria levado a adotar todos os desejos inconsiderados da massa. DURKHEIM (2002, pp. 118 e 128-129) explicava que o papel do Estado não era resumir o pensamento irrefletido da multidão, mas o de se sobrepor a essa irreflexão um pensamento mais meditado, alimentado por dados concretos da realidade – a exemplo de estatísticas – que ajudariam os administradores a tomarem decisões. Tais dados concretos da realidade resultariam de um canal de comunicação que a consciência governamental deveria manter com o resto da sociedade, cuja estreiteza representaria em proporção direta o grau de democracia em uma sociedade.

Fortemente influenciado pela teoria de Durkheim, Léon Duguit buscou quebrar o paradigma, sedimentado na Revolução Francesa, de que a sociedade resultaria de um contrato social entre indivíduos. Da mesma forma, refutou a doutrina francesa da soberania como fundamento da atuação estatal, entendida aquela como uma entidade coletiva comandante, naturalmente superior ao indivíduo, na qual o poder público é compreendido como um direito subjetivo do Estado. Atacando a soberania, isto é, sustentando que se tratava de em ente imaginário e metafísico, Duguit assim sustentava:

“Eu sustentei que o Estado é tão simplesmente o produto de uma diferenciação natural, um tanto simples, um tanto complexa, entre os homens de um mesmo grupo social, de onde resulta o que se chama poder público, que não pode jamais se legitimar pela sua origem, mas apenas pelos serviços que presta segundo a regra de direito; que a partir do momento em que o Estado moderno aparece cada vez mais como um grupo de indivíduos trabalhando de forma concertada, sob a direção e o controle dos governantes, com o fim de realizar as necessidades materiais e morais dos participantes; que então a noção de poder público é substituída pela de serviço público; que o Estado cessa de ser um poder que comanda para se tornar um grupo que trabalha, e que os detentores do poder público não podem legitimamente o pôr em movimento senão para assegurar a colaboração comum.” (DUGUIT 1927, pp. viii-x) [tradução livre]

Mas este autor foi mais além. De fato, DUGUIT (1913, pp. 47-51) fundamentou sua teoria na inovadora noção de “*serviço público*”. Para esse autor, “*serviços públicos*” eram aqueles considerados pela sociedade como de prestação obrigatória por parte do Estado; eram atividades cuja execução deveria ser regulada, assegurada e controlada pelo Estado, tendo em vista ser indispensável ao desenvolvimento da interdependência social, desde que essa atividade fosse de tal natureza que não pudesse ser completamente satisfeita senão pela intervenção do poder governamental. O conceito de “*serviço público*” seria para o professor bordelense sobremaneira variável e evolutivo por natureza. Isso porque a quantidade e a complexidade desses serviços

aumentavam à medida que a civilização se desenvolvia e cresciam as necessidades dos cidadãos, cuja satisfação deveria ser atendida, direta ou indiretamente, por meio da atuação estatal. De maneira mais abrangente, afirmava Duguit que o próprio direito evoluía sobretudo sob a ação das cambiantes necessidades econômicas do país e de seus habitantes.

O direito público moderno, segundo o citado autor, seria um conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos e asseguram seu funcionamento regular e ininterrupto. O fundamento do direito público não seria mais um direito subjetivo de comando, mas o dever de organização e gestão de serviços públicos. Ao mesmo tempo em que o direito privado deixaria de ser baseado no direito subjetivo do indivíduo, passando a repousar sobre a noção de uma função social imposta a cada sujeito, o direito público não se fundaria mais no direito subjetivo do Estado, na soberania, mas na noção de uma função social dos governantes, consistente na obrigação de gestão dos serviços públicos imprescindíveis à população (DUGUIT 1913, p. 52).¹⁰⁸

Com Duguit sobreveio uma nova perspectiva para a questão da legitimidade política, que buscaria sua fonte não mais na origem do poder, mas no fim que ele pretende alcançar. O fundamento da ação administrativa deixava de ser a noção de “*vontade geral*”, então substituída pelo conceito de “*interesse geral*”. A lei não mais seria simplesmente a expressão da vontade geral, tornando-se a formalização do interesse social apenas reconhecido pelo legislador. “*A mecânica da construção de uma vontade soberana por meio de um procedimento eleitoral perdeu sua centralidade em proveito de um trabalho objetivo de identificação das necessidades da sociedade, derivadas de suas formas de organização e de sua natureza*” – daí significado da expressão “*direito objetivo*”, discorrida por Duguit (ROSANVALLON 2008, p. 69).

Com as contribuições de Duguit para a teoria da legitimidade, o Estado passava então a ser o “*instituidor do social*”, consoante a análise de Rosanvallon; não mais como um modelador da massa de indivíduos, mas como uma força de coordenação da multiplicidade de serviços públicos funcionais e autônomos, destinados ao atingimento do interesse geral para o qual foram criados. Não era mais a autoridade eleita a

¹⁰⁸ A crescente demanda social pela prestação de serviços públicos não deveria ser atrelada, contudo, a um inevitável inchaço da máquina estatal, impulsionado pela assunção da responsabilidade direta pela prestação de tais serviços pelo próprio Estado. Ao contrário, já em fins do século XIX multiplicavam-se os instrumentos de descentralização do exercício dessa primordial função estatal, por meio de atos de delegação do Estado, em favor de agentes privados, para fins de prestação de serviços públicos destinados à sociedade, a exemplo das “*concessões de serviços públicos*” (DUGUIT 1913, p. 56).

produtora do interesse geral, passando ao funcionário público a grande responsabilidade de identificá-lo e de fazer mover-se a máquina administrativa em favor da persecução desse bem comum. Antes mero executor de ordens, o funcionário agora era apresentado com a autonomia necessária para exercer sua “*função*” de realizar os objetivos da coletividade por meio da prestação de serviços públicos. A função dos servidores públicos seria de caráter objetivo e deveria constar em estatuto legal que lhes garantissem as prerrogativas imprescindíveis à sua independência em relação aos interesses partidários. Surgia, assim, o que ROSANVALLON (2008, pp. 70-74) apelidou de “*corporativismo do universal*”.¹⁰⁹

O modelo da valorização do funcionário público atrelado a uma missão de interesse geral ganhou amplo terreno na França durante as primeiras décadas do século XX.¹¹⁰ Esse fenômeno serviu para contrabalançar o poder político oriundo das urnas, ao erigir os altos funcionários públicos em guardiões do interesse público, da legitimidade da atuação estatal, em razão de seus atributos inerentes ao cargo: desinteresse e racionalidade. Essas duas qualidades ligam-se ao conceito de “*generalidade*”, que por sua vez remonta à ideologia revolucionária que defendeu o sufrágio universal como método de escolha de seus governantes também em razão de sua impessoalidade. A princípio, tanto as eleições como os concursos públicos seriam formas legítimas para a seleção dos indivíduos que encarnarão o poder público. Essas duas espécies de “*prova*” – uma representando a expressão conjunta de vontades qualificadas, e outra valorizando critérios objetivos de seleção de competências – seriam complementares para o estabelecimento de um bom sistema político, legitimado pela igualdade de expressão cidadã e pela igualdade de possibilidades de acesso (ROSANVALLON 2008, pp. 86-91).

O sistema de dupla legitimação democrática resultante das duas provas de generalidade acima comentadas persistiu praticamente inabalado até o início da década de 1980. ROSANVALLON (2008, pp. 101-104) menciona o surgimento de uma nova “*era da particularidade*” como um dos fatores do declínio da legitimidade democrática estatal percebida pela sociedade, resultante de transformações econômicas e sociais que

¹⁰⁹ Em verdade, essa expressão foi tomada de empréstimo de Pierre Bourdieu, para designar uma espécie de corporativismo dedicado a universalizar e defender ideias consideradas republicanas, em detrimento da apropriação estatal por interesses pessoais e partidários (ROSANVALLON 2008, p. 67).

¹¹⁰ Nos Estados Unidos da América, o modelo da *administração racional* também objetivou resultados semelhantes ao do modelo francês. Por meio da construção de uma burocracia moderna, inspirada na impessoalidade e na racionalidade pregada por Max Weber, os americanos buscaram aprofundar sua democracia desde o início do século XX, tendo sido o doutrinador e presidente Woodrow Wilson um dos principais defensores desse modelo. (ROSANVALLON 2008, pp. 75-85)

influenciaram a governabilidade e a relação entre a sociedade e a política. O capitalismo moderno construído a partir da revolução industrial foi calcado em um paradigma de autonomização e padronização do mundo econômico, que contribuiu para a instauração de uma sociedade, por sua vez, também generalizada. Mesmo o advento do Estado-providência não alterou os rumos dessa generalização econômica, ao tratar de forma homogênea certos grupos populacionais em situação de risco social, mediante critérios racionais-burocráticos. Foi esse mundo industrial que, segundo Rosanvallon, passou a se desmanchar nas últimas décadas do século XX.

A economia de bens padronizados cedeu paulatinamente seu lugar para uma “*econômica da particularidade*”, em que produtos passaram a ser tão mais valiosos quanto mais fossem “*customizados*” – tornados mais aderentes às necessidades individuais dos consumidores. Sobre esse ponto, ROSANVALLON (2008, pp. 105-106) nota que as características da produção material se aproximaram cada vez mais da essência inerente ao mundo dos serviços, em que noção de “*qualidade*” é o ponto central. Daí a acelerada multiplicação dos produtos desenvolvidos para cada gosto ou necessidade dos consumidores.

Essa nova tendência da vida econômica refletiu de maneira determinante no modo de composição do social, fazendo surgir, de acordo com Rosanvallon, uma “*sociedade da particularidade*”, que em nada se parece com uma sociedade de indivíduos desagregados. Essa recente espécie de sociedade se distingue pelas novas modalidades de liames sociais e de identidade que despontam em substituição ao simplificado modelo de classes sociais. E essa sociedade inovadora, por seu turno, provocou o desenvolvimento de relações inéditas entre indivíduos e instituições, assim como novas maneiras de conceber a ação coletiva e a proteção dos direitos individuais. Exemplo dessas mudanças pôde ser verificado nas transformações sofridas pelo Estado-providência, que deixou de prestar assistência apenas em função de classes gerais de risco – como doença, invalidez e desemprego – para oferecer tratamento adequado a necessidades mais individualizadas – a exemplo de políticas públicas dirigidas a certo grupo de indivíduos considerado sob risco de contrair determinada doença. O objetivo era o de proporcionar a cada cidadão os meios verdadeiramente apropriados para a resolução de seu problema específico (ROSANVALLON 2008, pp. 107-110).

Ao mesmo tempo em que se aprofundava essa “*sociedade da particularidade*”, aumentava a exigência social por maior imparcialidade, acarretando pressões por redefinições político-institucionais. Numa sociedade em que a particularidade adquiria

crecente valor, o modelo de administração pública baseado na formulação de regras gerais aplicáveis aos administrados era posto em xeque. Cada decisão tomada pelos altos funcionários, públicos ou eleitos, passava a ser alvo de questionamentos de diversos setores da sociedade – a exemplo de decisões sobre o reajuste de tarifas de serviços públicos essenciais, como energia elétrica. Essa onda de insurgência social levou o Estado a procurar se associar a um número cada vez maior de grupos de interesse, fazendo com que seu processo decisório se tornasse igualmente mais complexo, de modo a dar lugar a sucessivos espaços de coordenação e conciliação com os diversos agentes interessados nas políticas públicas em gestação. Surgia, assim, a noção de “*governança*” (ROSANVALLON 2008, p. 111).

O jurista Jacques Chevallier aponta a governança como uma das principais características do que esse autor entende por “*Estado pós-moderno*”. Segundo esse autor, a governança não substituiria o antigo modelo da administração pública – marcado pela assimetria, desigualdade e unilateralidade de suas regras e políticas públicas –, mas funcionaria de modo a adaptá-lo às novas demandas sociais por consideração estatal das particularidades de cada grupo de interesse atingido. Ao privilegiar técnicas administrativas focadas no consenso e nos compromissos assumidos de parte a parte, a governança não abriria mão dos mecanismos de governo tradicionais, os quais garantem a estabilidade do ordenamento jurídico estatal (J. CHEVALLIER 2008, pp. 239-242).

As já mencionadas exigências sociais por maior imparcialidade decorreram justamente do alargamento das possibilidades de diálogo com os diferentes grupos interessados. Isso porque, junto com a hipótese de atendimento estatal de pretensões particulares, surgem também suspeitas de eventuais favorecimentos pessoais. O risco de captura contribuiu, segundo ROSANVALLON (2008, pp. 112-113), com a perda de prestígio dos altos funcionários públicos e do aparelho administrativo montado a alto custo durante o curso do século XX.

Em igual sentido, consoante Rosanvallon, o fato eleitoral majoritário também perdeu boa parte sua capacidade de legitimação, em razão das já comentadas transformações na forma de composição da sociedade. O significado de “*povo*” perdeu sua acepção original, correspondente a uma massa dotada de desejos positivos e determinados. Passou então a ser entendido como uma soma, eternamente cambiante, de pretensões não reconhecidas, de privações de direito, de carências. A noção de “*minoría*”, por sua vez, tomou o lugar antes reservado à ideia de *maioría*, para tornar a

sociedade um conjunto de situações minoritárias de todas as naturezas, em atenção a todos os tipos de singularidades (ROSANVALLON 2008, pp. 117-118). Embora compreendido como um fenômeno relativamente recente, as raízes dessa transformação social já eram percebidas por Benjamin Constant, que as descreveu de modo lapidar:

“A maioria dos escritores políticos, principalmente aqueles que escreviam com base nos princípios mais populares, recaíram em erros bizarros ao tratar dos direitos da maioria. Eles a representaram como um ser real cuja existência se prolonga e é constituída sempre das mesmas partes. Mas acontece invariavelmente que a maioria de ontem forma a minoria de hoje. Defendendo os direitos da minoria, defende-se então o direito de todos. Pois cada um a seu turno se encontra em minoria. A associação inteira se divide em uma barafunda de minorias oprimidas sucessivamente. Cada uma delas, isoladas porquanto vítimas, voltam a ser, por uma estranha metamorfose, parte do que se costuma chamar o grande todo, para servir de pretexto ao sacrifício de uma outra minoria. Reconhecer à maioria uma autoridade ilimitada é oferecer ao povo em massa o holocausto do povo em detalhe.” (CONSTANT 1980, pp. 53-54) [tradução livre]

Foi esse novo sentido de “*povo*”, agora indeterminável, que conferiu ao sistema eleitoral, conforme já mencionado acima, um conceito restrito à escolha dos dirigentes governamentais. Embora o mecanismo eleitoral-majoritário continue a ser o árbitro pragmático da vida democrática, atribuindo “*legitimidade instrumental*” aos governantes eleitos, a necessidade de refundação dos paradigmas de legitimidade democrática se fez sentir em todos os meandros da administração pública. Valores como a imparcialidade, a pluralidade e a proximidade tornaram-se objeto de atenção pelo Estado, que passou a experimentar novos arranjos institucionais dedicados a contemplar esses novos vieses e a revitalizar as modalidades de legitimidade democrática (ROSANVALLON 2008, pp. 16 e 118).

Embora os novos modelos institucionais experimentados pelos Estados contemporâneos estejam ainda em sua primeira infância, sujeitos a equívocos e perigos decorrentes de seus inacabamentos, ROSANVALLON (2008, pp. 17-18) acredita ser importante a descrição dos tipos ideais de compõem esse universo em gestação. O citado autor enxerga nesse contexto a emergência de três maneiras adicionais – ao lado da sempre viva legitimidade eleitoral – de atribuir legitimidade democrática à atuação estatal.

A primeira delas consiste em realizar o atributo da generalidade mediante o distanciamento equilibrado em relação às particularidades manifestadas pelas partes interessadas em uma dada questão. Trata-se de uma “*generalidade negativa*”, em que se destaca a proibição de qualquer favorecimento discriminatório por meio da valorização da condição de independência do órgão decisório. Independência que deve

ser mantida não somente em relação aos grupos interessados – atento ao risco de captura –, mas também em face do poder eleito.

É o que ROSANVALLON (2008, pp. 136-137) chama de “*legitimidade pela imparcialidade*”, cuja busca é exemplificada pela criação das agências reguladoras em quase todos os países ocidentais. Com elas procurou-se remediar as disfunções e deficiências do Estado tradicional no trato de certas atividades econômicas, denotando uma desconfiança do legislador em relação à conduta da administração direta, ao que foi somado o próprio desejo dos governantes de se distanciarem da decisão de certas escolhas difíceis e impopulares, a exemplo de aumentos de tarifas de serviços públicos.

O citado cientista político francês fala em “*representação pela imparcialidade*”, ao abordar o tema do caráter democrático das agências reguladoras. Diferentemente da “*representação-delegação*” – associada à ideia de um mandato – e da “*representação-figuração*” – vinculada à noção de encarnação da identidade popular –, “*representação pela imparcialidade*” não decorre de um procedimento eleitoral, mas pressupõe uma atenção constante dirigida aos cidadãos. Nessa perspectiva, ser representativo significa estar institucionalmente aberto e disposto a escutar as demandas específicas da sociedade, suas divisões e seus conflitos. Essa “*acessibilidade*” proporcionada aos cidadãos reveste-se de uma dimensão representativa, na medida em que demonstra preocupação com a apreensão do máximo de informações relacionadas a uma dada situação. Ao mesmo tempo, possui um caráter evidentemente imparcial, visto que tenciona propiciar uma representação a mais fiel possível do conjunto da sociedade. Em sendo institucionalmente estável e permanente, tal espécie de representação acaba por adquirir um viés complementar e reparador em face da intermitência dos momentos eleitorais que marcam a representação-mandato (ROSANVALLON 2008, pp. 141-142).

Outra forma de manifestação de legitimidade democrática, chamada por Rosanvallon de “*legitimidade pela reflexividade*”, se dá pela pluralização das expressões da soberania social, de modo a corrigir as falhas resultantes da assimilação da maioria eleitoral pelo corpo social. Cuida-se de uma “*generalidade pela multiplicação*”, no sentido de se buscar trazer à análise da decisão de um caso concreto o máximo de percepções minoritárias possíveis, como meio de recompor o mosaico social desfigurado pelo “*fato majoritário*”.

Tal espécie de legitimidade procura remediar as imperfeições da democracia eleitoral-representativa, que é escorada no conceito de vontade geral cujo fundamento de validade concentra-se unicamente no procedimento eleitoral. É, segundo

Rosanvallon, o papel que exercem as cortes constitucionais, ao desempenharem a função de um terceiro distanciado e “*reflexivo*” em relação aos litígios sob julgamento. Essas tribunais possuem a difícil tarefa de lembrar que o povo-soberano não se restringe a sua expressão eleitoral-majoritária, pondo-se a constantemente confrontar a opinião da maioria, em defesa de pontos de vista minoritários abrigados sob princípios de isonomia e de justiça (ROSANVALLON 2008, pp. 195 e 222-223).

A terceira perspectiva de legitimidade democrática implica a percepção de todas as singularidades sociais. Tal percepção é caracterizada pelo completo mergulho no mundo da particularidade, dos indivíduos concretos. Corresponde à realização da generalidade associada a uma qualidade de comportamento, resultante de uma ação estatal que procura não esquecer ninguém, permanecendo atenta ao problema de todos. No caminho inverso da aplicação de um princípio de impessoalidade que distancie a administração das particularidades, trata-se de concretização da “*generalidade pela atenção às particularidades*”.

A essa via Rosanvallon denominou de “*legitimidade pela proximidade*”, que interage com o conceito de “*acessibilidade*” da administração pública, já mencionada acima. A proximidade ora abordada remete à demanda dos cidadãos por redução das distâncias e por acréscimo dos pontos de contato entre estes e os governantes e as altas autoridades estatais. Compreende uma cobrança por um comportamento mais presente e atento às situações particulares constantemente afetadas pelas políticas públicas formuladas pelo Estado, assim como uma interação menos formal e mais direta com o cidadão.

Com o propósito de conferir maior legitimidade pela dimensão da proximidade, muitas iniciativas originais foram desenvolvidas a partir dos anos 1990 em vários países, a exemplo de orçamentos participativos, fóruns públicos temáticos e consultas públicas. Embora ROSANVALLON (2008, pp. 319 e 326-327), lastreado em pesquisas de campo, mencione que as participações regulares em tais espaços públicos institucionais giram em torno de 1% da população de adultos do correspondente país, ele observa que os engajamentos ocasionais nesses mesmos fóruns costuma ser bastante maior. Para esse autor, existem na vida política dois mundos paralelos de cuja articulação depende a vitalidade democrática de um país: o mundo dos militantes e aquele dos profissionais institucionalizados.

Diferentemente do eixo de legitimidade fundado no procedimento eleitoral e na estabilidade do funcionalismo público, as três dimensões da legitimidade democrática

acima esboçadas configuram antes “*qualidades*” de um regime político. No primeiro caso, são as eleições e os concursos públicos, mediante um caráter estatutário, que conferem legitimidade instrumental ao governante ou ao dirigente. No que toca às referidas três novas vertentes, a legitimidade não pode ser jamais adquirida em definitivo, consubstanciando-se em um atributo precário e continuamente posto à prova, dependendo da percepção social da ação e do comportamento das instituições.

É evidente que as legitimidades pela “*imparcialidade*”, pela “*reflexividade*” e pela “*proximidade*” pressupõem o respeito às normas vigentes, mas não se esgotam nelas. Elas superpõem sua essência qualitativa, derivada do reconhecimento social, e a faceta substancial da legitimidade, identificada com a adequação às regras institucionais eleitorais e burocrático-administrativas. ROSANVALLON (2008, pp. 18-22), todavia, confere nítido destaque para o caráter qualitativo da democracia no mundo contemporâneo. Isso porque estima que a legitimidade corresponde a uma instituição invisível, que se aproxima do conceito de “*confiança*”, a qual tem a capacidade de enlaçar firmemente governados e governantes.

A título ilustrativo, no campo da “*legitimidade pela imparcialidade*” põe-se à prova a conduta da administração pública a todo momento, por meio de avaliações sociais em relação aos procedimentos, à eficácia e à forma de controle das políticas estatais. No exame da imparcialidade da administração, são exigidos rigor nas argumentações, transparência dos procedimentos e publicidade dos atos administrativos, de maneira a demonstrar à população a imparcialidade aplicada pelo Estado diante de um caso concreto. Além disso, a praxe administrativa é julgada em função dos resultados que proporciona – avaliação da eficácia –, e também pela disponibilização de mecanismos institucionais criados com o objetivo de possibilitar uma análise independente das decisões administrativas, a exemplo dos conselhos consultivos integrados por representantes da sociedade civil – avaliação das formas de controle (ROSANVALLON 2008, pp. 152-154).

O aspecto qualitativo da legitimidade, associado por Rosanvallon à noção de confiança social, possui respaldo em pesquisas realizadas no campo da psicologia social. Ao se debruçar sobre estudos empíricos relacionados à avaliação da população sobre a conduta da polícia e dos tribunais, Tom TYLER (2003) concluiu que o julgamento social se pauta não pelo resultado das práticas concretas dessas autoridades institucionais – a exemplo de custos, demora ou performance –, mas em função da equidade dos procedimentos empregados por elas. Em outras palavras, esse pesquisador

afirmou que os fatores realmente importantes para formar a opinião da população sobre a confiança na polícia e nos tribunais são: reconhecimento dos direitos do cidadão, atenção às preocupações da comunidade e tratamento digno e isento.

TYLER (2006) explica que a legitimidade é tradicionalmente entendida como a crença – ou a confiança – de que certas decisões tomadas ou regras elaboradas pelas autoridades detentoras do poder coercitivo são validadas e devem ser obedecidas em virtude de qualidades pessoais do líder ou da forma como tais decisões ou regras foram estipuladas. Suas pesquisas na seara da psicologia social tiveram o objetivo de testar empiricamente o efeito do atributo da legitimidade em relação à cooperação e à obediência sociais espontâneas. Ao invés do uso da ameaça da punição, pesquisas indicam que a demonstração de competência e habilidade para resolver problemas comunitários encoraja o público a colaborar com o trabalho das autoridades. Essas pesquisas dão conta do alastramento e da importância do desejo humano de dar sentido ao arranjo social existente mediante a avaliação de que este é apropriado e razoável. Curiosamente, essa motivação atávica é encontrada tanto naqueles indivíduos que se beneficiam do sistema, mas também – e paradoxalmente – naqueles prejudicados pelo arranjo social.¹¹¹

O que cria e mantém a legitimidade, segundo TYLER (2006), é maneira pela qual as autoridades tomam decisões e exercem autoridade. Ao contrário do que poderia sugerir uma abordagem instrumentalista, não são os resultados desejados pelo público ou a credibilidade das ameaças feitas que aumentam a ascendência das autoridades sobre a sociedade. Tampouco é justiça da decisão em si que perfaz a legitimidade. É a utilização de procedimentos isonômicos e razoáveis que legitima a conduta das autoridades e incentiva a cooperação voluntária dos cidadãos.

Estudos como aqueles produzidos por Tyler influenciaram a percepção de Rosanvallon sobre a legitimidade democrática,¹¹² corroborando sua teoria sobre o movimento de desconcentração da democracia. Da simples concentração no fato eleitoral-majoritário, passa-se a uma nova dinâmica social, que conduz a uma lógica de disseminação, de multiplicação e de difração das dimensões da democracia. Em lugar dos conceitos de “*vontade geral*” do povo ou de “*interesse social*”, antes capazes por si

¹¹¹ De acordo com TYLER (2003, p. 293), “as pessoas que recebem resultados [de julgamentos] que considerem desfavoráveis ou injustos tornam-se mais inclinadas a aceitar tais resultados se eles são decorrência de procedimentos avaliados por essas mesmas pessoas como sendo justos.”

¹¹² ROSANVALLON (2008, pp. 138 e 270) cita expressamente a influência das pesquisas empreendidas por Tyler em sua teoria da legitimidade democrática.

só de legitimizar instrumentalmente a conduta dos governantes, hoje o estudioso do direito se depara com uma sociedade bastante mais complexa, que exige a todo instante provas de uma gestão pública ao mesmo tempo imparcial, atenta às diferentes visões de mundo e próxima do cidadão. É nesse contexto que Rosanvallon problematiza os novos vieses da legitimidade democrática, e aponta os diversos experimentalismos institucionais empreendidos ao redor do mundo como uma possibilidade vida, ainda que reconhecidamente incompleta, de aprofundamento da democracia.

3.2. A necessidade de novas lentes para o foco brasileiro sobre a legitimidade democrática do poder Executivo

Ao analisar o cenário da doutrina administrativista brasileira, o Subcapítulo 1.2 já havia destacado que os juristas nacionais da última geração demonstraram demasiada preocupação em destacar a importância de buscar a legitimação do poder normativo das agências reguladoras por meio da participação popular via mecanismos institucionais. Nada obstante esse esforço, não se pôde deixar de notar que negligenciaram o aspecto da legitimidade do poder regulamentar em toda sua extensão, visto que não se ocuparam de analisar a experiência democrática no seio dos demais órgãos do poder Executivo, tomado em sua inteireza.

Ficou também constatado ao final do Capítulo 1 que os juristas pátrios examinados neste trabalho não chegaram a problematizar a suficiência da legitimidade da vontade geral medida pelo sufrágio universal como alicerce do exercício do poder estatal sobre a sociedade. Ao manterem seu objeto de estudo restrito à situação singular das agências reguladoras, alijaram-se das possíveis constatações de déficit democrático no restante da administração pública. Da mesma forma, não chegaram a aprofundar o problema da inadequação da teoria tradicional da separação de poderes à realidade das complexas relações entre os poderes Executivo e Legislativo.

Retomado o exame do caso brasileiro nesse ponto, convém também aqui contar com o auxílio da teoria política de Rosanvallon, adotada no Subcapítulo anterior. Esse autor, como já visto, prega a necessidade de os Estados contemporâneos estarem em cotidiana busca de manutenção de sua legitimidade democrática, dada a incompletude do fato majoritário e da burocracia estável. Nessa perspectiva, não se veem razões para excluir a inteireza do poder Executivo do foco da análise dos juristas brasileiros sobre a

legitimidade democrática do poder regulamentar. Se tal legitimidade deve ser entendida como uma *qualidade*, cujas conquista e manutenção dependem de constante aprimoramento da conduta administrativa e governamental, os eventos intermitentes do sufrágio universal não podem bastar – ainda que continuem a ser o primeiro pilar da legitimidade – para legitimar todo o poder que o Estado exerce sobre a sociedade, e ainda lhe inspirar colaboração espontânea.

Sobre esse ponto, mostra-se ilustrativo retornar à análise do Projeto de Lei nº. 3.337/2004 – já mencionado no Subcapítulo 1.2. Apesar da expressa intenção governamental de proporcionar maior controle social sobre as políticas regulatórias, convém evidenciar que as proposições contidas no citado projeto de lei, principalmente no que toca à Anatel, não parecem corresponder ao objetivo propalado.

O capítulo das disposições finais e transitórias do aludido projeto de lei, segundo substitutivo apresentado pelo relator, deputado Ricardo Barros,¹¹³ introduz uma série de modificações ao regime jurídico-institucional do setor das telecomunicações, a qual, uma vez aprovada e sancionada, acarretará substancial mudança no conjunto de regras anteriormente instituídas para o desencadeamento do processo decisório da implementação de políticas públicas setoriais.

De um lado, o projeto de lei consolida e detalha os espaços de participação pública no processo decisório das Agências Reguladoras, ao estabelecer: (a) a regra da publicidade para as reuniões deliberativas dos conselhos diretores; (b) prazo mínimo de trinta dias para duração de consultas públicas; (c) ampla divulgação e disponibilidade de estudos, dados e material técnico empregados na elaboração de propostas normativas.

Em seu reverso, põe-se a instituir, com ligeiro disfarce, significativa involução no processo decisório sobre algumas das mais relevantes medidas concernentes ao setor das telecomunicações, a exemplo da transferência ao Ministério das Comunicações das seguintes competências, hoje reservadas à Anatel: (a) edição dos atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público e dos serviços de interesse coletivo no regime privado; (b) definição das diretrizes para a elaboração do edital de licitação para a celebração de contratos de concessão para a prestação do serviço no regime público, incluindo seus objetivos, os objetos da licitação e o

¹¹³ O substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337/2004 foi apresentado informalmente pelo respectivo relator, Deputado Ricardo Barros, de modo a que fossem adiantados os debates políticos em torno de suas disposições, a exemplo da apresentação feita pelo Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência República, Luiz Alberto dos Santos, o qual fez referência aos termos do mencionado substitutivo. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/comissoes/ci/ap/AP20091207_Dr_Luis_Alberto.pdf

cronograma das outorgas; (c) aprovação da transferência de contratos de concessão e eventual imposição de condicionamentos.

O “retrocesso” aqui destacado não se refere à simples mudança de conjuntura no processo decisório sobre as normas de regulação econômico-setorial. Não se pretende criticar a manutenção ou transferência do poder concedente e regulatório do Estado num ou para outro ente integrante da Administração Pública Federal. Mas é possível perceber, com precisão, a incoerência entre as regras institucionais sobre elaboração e tomada de decisão em assuntos regulatórios desenhadas para uma e outra ponta da linha procedimental de produção normativa. Tal incoerência se apresenta justamente na comparação entre o esmero com que o projeto de lei detalha o procedimento decisório das agências reguladoras e o silêncio procedimental a que as decisões entregues à alçada ministerial são relegadas.

No que toca ao processo decisório das Agências Reguladoras, o projeto de lei cuida de cimentar múltiplos degraus imprescindíveis à ascensão de uma proposta normativa ao patamar da deliberação pelo Conselho Diretor, em reuniões públicas.¹¹⁴ Tais degraus podem ser falsamente percebidos como obstáculos à eficiência e à celeridade da produção normativa, enquanto, de fato, representam regras institucionais criadas para conferir maior controle social e participação pública no processo de produção normativa, em diminuição do risco de captura dos agentes reguladores e no incremento da qualidade e legitimidade das normas elaboradas. Em contraste com o zelo de proporcionar maior legitimidade democrática ao processo decisório das agências reguladoras, o referido projeto de lei perde a oportunidade de institucionalizar o procedimento de tomada de decisão no âmbito dos ministérios aos quais se vinculam as agências.

A resenha acima empreendida sobre Projeto de Lei nº 3.337/2004 mostra-se útil para evidenciar a crença, profundamente arraigada nas culturas jurídica e política brasileiras, de que a estrutura hierárquica construída a partir do chefe de Estado, eleito por sufrágio universal, é suficiente para legitimar o exercício de todo o poder normativo do Executivo. Essa lógica, amplamente difundida, supervaloriza o princípio eleitoral-majoritário chancelado pelas urnas, fazendo com que toda a administração pública

¹¹⁴ A modo de ilustração, tomando-se o exemplo da Anatel, o projeto de lei ordena a execução de longos, dispendiosos e complexos procedimentos de consulta pública, sucedidos de eventuais e igualmente intrincadas audiências públicas, para, em seguida, alcançar a maturidade para deliberação do Conselho Diretor em reuniões abertas. Nessas reuniões, o Conselho Diretor será então forçado a apresentar, em tempo real, suas razões de concordância ou discordância com a proposta submetida à sua análise.

diretamente subordinada ao presidente da República sinte-se dispensada de adotar procedimentos administrativos que permitam experimentar a legitimidade democrática sob diferentes perspectivas. É desse modo que o comentado projeto de lei cala a respeito de mecanismos institucionais que visem atribuir, ao processo decisório dos ministros de Estado, legitimidade pela imparcialidade, pela reflexividade ou pela proximidade, nas acepções formuladas por Rosanvallon – já abordadas no Subcapítulo anterior.

Ainda, nota-se que o fato de os juristas nacionais – mencionados no Subcapítulo 1.2 – terem limitado ao conjunto das agências reguladoras suas constatações sobre a existência de déficit democrático é uma decorrência lógica da supervalorização do elemento eleitoral-majoritário. Os comentados juristas se restringiram às agências reguladoras justamente pela característica destas de não estarem em posição de total subordinação frente ao presidente da República – permanecendo distanciadas, portanto, do vínculo eleitoral. Se assim procederam tais administrativistas, é porque supuseram que a atuação regulamentadora do poder Executivo, tomado como um todo, teria suficiente legitimação democrática em função da escolha do chefe de Estado mediante sufrágio universal, sendo desnecessária uma análise aprofundada da legitimidade democrática do poder regulamentar.

Como já afirmado, não é o propósito deste estudo negar a legitimidade do vínculo eleitoral-majoritário; ao contrário, pretende-se conferir-lhe a sua real dimensão, conforme demonstrado no Subcapítulo 3.1. Passado o momento eleitoral, a “*democracia de identificação*” entre governantes e governados, que dele resulta instantaneamente, passa a ser questionada em relação às práticas adotadas pelo governo eleito. Diante de um cenário como esse, ROSANVALLON (2008, pp. 349-351) propõe não o prolongamento desse momento eleitoral para além do sufrágio, mas a construção de novos mecanismos democráticos de interação entre governantes e governados. Tais novas formas tenderiam a substituir a “*democracia de identificação*” por uma “*democracia de apropriação*” pela sociedade, destinada a corrigir, a compensar e a organizar a separação entre governantes e governados, de tal maneira que estes possam controlar e orientar o poder, mediante um mecanismo diverso daquele da simples transmissão de um mandato.

ROSANVALLON (2008, p. 351) cita três modalidades básicas representativas dessa “*democracia de apropriação*”. Em primeiro lugar, aparece a atividade cidadã desenvolvida por meio do legítimo exercício da desconfiança contra a atuação estatal. Trata-se do conjunto de medidas, institucionais ou não, que a sociedade pode tomar para

supervisionar, impedir e avaliar as políticas e as práticas conduzidas pela administração pública, por meio das quais a coletividade exerce pressão sobre os governantes e, eventualmente, logra alterar os rumos do governo. Essa atividade cidadã é denominada por ROSANVALLON (2006, p. 15) de “*contrademocracia*”,¹¹⁵ em razão de seu caráter contestador das decisões e condutas políticas manejadas pelas autoridades eleitas.

No campo dos arranjos institucionais, Rosanvallon menciona todos os organismos integrantes do que chama de “*democracia indireta*”. Estes são exemplificados pelos entes da administração pública que, longe da lógica majoritária, adotam procedimentos transparentes e abertos à participação social – legitimidade pela imparcialidade –, tais quais as agências reguladoras, além dos órgãos do poder Judiciário, que realizam a legitimidade pela reflexividade. Por fim, esse cientista político francês se reporta ao imperativo de conduta democrática dos governantes, que se estende para além do momento eleitoral, exigindo deles maior proximidade e atenção com as singularidades sociais.

Essas modalidades de apropriação da democracia se prestam a completar as deficiências do princípio majoritário, ao instaurar formas democráticas permanentes em adição a sufrágios intermitentes. Uma tal maneira de se debruçar sobre as várias dimensões do fenômeno democrático permitiria, segundo ROSANVALLON (2008, p. 351), fundar uma teoria original da separação de poderes, dada a evidência de que a abordagem tradicional do problema falhou em sua tentativa de explicar a realidade da organização política dos diversos regimes constitucionais desde a Revolução Francesa. De fato, não é mais possível compreender os poderes Legislativo e Executivo como dois entes verdadeiramente isolados em suas funções supostamente típicas. Nem a legitimidade democrática se resume à atuação do Legislativo, ou em menor grau nas políticas do presidente da República, e tampouco a atividade administrativa do Executivo é impermeável à supervisão e à participação da sociedade. E tanto um como o outro são suscetíveis de sofrerem os impulsos das manifestações cidadãs, que caracterizam o que Rosanvallon chama de “*contrademocracia*”.

Aos olhos de ROSANVALLON (2006, p. 318), o governo eleitoral-representativo, as expressões da *contrademocracia* e o trabalho reflexivo e deliberativo da política constituem os três pilares da experiência democrática. Cada uma delas aporta

¹¹⁵ É preciso remarcar que a *contrademocracia* proposta por ROSANVALLON (2006, p. 15) não é uma força contrária à democracia, mas uma forma de democracia que ajuda a compensar as incompletudes da democracia eleitoral-majoritária.

sua contribuição à organização política do Estado, na medida em que o primeiro empresta sua solidez institucional, o segundo confere vitalidade contestadora e o terceiro, densidade história e social. Ao mesmo tempo, esse autor adverte que cada qual desses pilares carrega consigo patologias e imperfeições que o podem levar desvios perniciosos, se deixado ao desabrigo dos outros dois pilares que o tornam equilibrado.¹¹⁶

Ao tratar dos mencionados pilares da experiência democrática, ROSANVALLON (2006, pp. 27-28) foca sua atenção sobre o trabalho da política em uma democracia. Ele considera que o mundo contemporâneo vem passando não por uma despolitização da sociedade, visto que não se percebe qualquer declínio sensível da atividade cidadã ou do interesse social pela vida em comum. Diferentemente de uma suposta passividade, esse autor entrevê o assolamento da sociedade pela “*impolítica*”, no sentido de uma dificuldade de compreensão global dos problemas ligados à organização de um mundo em comum. As próprias manifestações da “*contrademocracia*” contribuem significativamente para esse alastramento da “*impolítica*”, em razão de sua essência reativa, de protesto, que a torna incapaz de estruturar e encaminhar uma proposição coletiva. Embora evidentemente democrática, a pressão descompensada da “*contrademocracia*” produz efeitos impolíticos.

Por esse motivo é que ROSANVALLON (2006, pp. 312-318) entende fundamental uma “*repolitização*” da democracia. O autor define a democracia em função de seus “*trabalhos*”, e não pela vida de suas estruturas. Cuida-se de um conjunto de conflitos, de negociações, de interpretações ligadas à elaboração das regras da vida coletiva. Esses trabalhos têm a tarefa de produzir uma linguagem adequada à experiência, capaz de descrevê-la e dela tomar conta. A repolitização defendida por Rosanvallon passa pela recuperação da definição da *ação política*, de modo a distinguir uma simples técnica de gestão da arte de governar.

Mais que resolver problemas de organização, que alocar de maneira racional os recursos disponíveis, governar significa, para o autor, tornar o mundo inteligível, entregar aos cidadãos as ferramentas de análise e de interpretação que os permitam

¹¹⁶ Sobre esse ponto, ROSANVALLON (2006, p. 318) explica que o governo eleitoral-representativo pode tender a uma aristocracia eletiva, uma máquina governante, caso não sobrevenham os contrapontos proporcionados pelo trabalho da política e pela *contrademocracia*. O domínio da *contrademocracia*, por sua vez, pode descambar para o populismo. E o trabalho da política, se supervalorizado, pode ser ameaçado por arroubos voluntaristas ou, ao contrário, por um certo formalismo deliberativo. Desde que um desses pilares não predomine sobre os demais, que componham um sistema harmônico, forma-se um ciclo virtuoso, capaz de impulsionar o progresso democrático pela via de um experimentalismo institucional sadio.

dirigir a si mesmos e a agir de modo eficaz. Rosanvallon ressalta a dimensão cognitiva inerente ao trabalho da política, que é responsável por instituir a coletividade ajudando-a a representar a si mesma, deparando-a permanentemente com suas responsabilidades e auxiliando-a a abordar os problemas de forma lúcida e eficiente. Ao invés de uma visão passiva, segundo a qual o poder deveria ser reflexo da sociedade, propõe-se que o poder revele a sociedade a ela mesma, que contribua para dar forma e sentido a um mundo em que os indivíduos têm dificuldade crescente de se orientar frente aos problemas da coletividade; propõe-se que o poder faça do cidadão a um só tempo ator e espectador da política.

O objetivo da democracia, mediante o trabalho da política, seria o de tornar possível a construção de uma história comum e de indicar um horizonte de sentido, pondo fim à tendência de cegueira e impotência dos indivíduos. Nesse viés, a soberania deixaria de ser apenas o exercício de um poder, para ganhar a acepção de capacidade de assenhorar-se de si mesmo e de compreender o mundo. De acordo com Rosanvallon, esse objetivo só pode ser alcançado mediante o trabalho de tornar visíveis os mecanismos organizadores da vida social. Trata-se de corrigir o déficit de aparência da vida política, sem que para isso se recorra a velhas teorias metafísicas da vontade soberana. É preciso descortinar os inevitáveis e necessários confrontos que perfazem a vida política, de modo a tornar inteligíveis as “*experiências práticas da vontade geral*”.

A vontade geral já não seria mais a idealização fantasiosa do desejo popular, mas a soma de uma série de práticas de arbitragens, de compromissos ou mesmo de escolhas peremptórias pertinentes à constituição do liame social. Nas próprias palavras de Rosanvallon, repolitizar a democracia seria bem mais que idolatrar um ideal projetado de “*povo*”:

“Devolver sentido e forma à política não consiste em celebrar um ser coletivo redentor, seja ele povo, classe ou multidão, mas aclarar o sistema de interações reais que constroem as diferenças e as divisões: é experimentar de maneira sensível os obstáculos à constituição de uma comunidade política fundada sobre a força de engajamentos recíprocos” (ROSANVALLON 2006, p. 318). [tradução livre]

A repolitização da democracia e a ressignificação da vontade geral dependem, portanto, da aceitação dos conflitos e arbitragens como fenômenos inerentes à vida de uma comunidade política, cujos mecanismos de interação precisam ser revelados, de forma a possibilitar uma melhor compreensão social dos problemas da atualidade e uma atuação mais eficiente em face deles. Tais conceitos decerto se aplicam às disputas e

mediações entre as competências dos poderes Legislativo e Executivo em torno do raio de atuação das leis e dos regulamentos.

O instrumental teórico proposto por Rosanvallon dever servir para libertar de preconceitos – alimentados em velhos dogmas liberais – a ação reflexiva da política em torno das regras constitucionais de divisão de competências entre os poderes da União federal brasileira. É preciso aceitar que o ideário clássico em torno da separação de poderes não é útil para explicar a realidade do funcionamento das instituições organizadas por meio da Constituição de 1988 – e tampouco o era em relação aos textos constitucionais anteriores. Mostra-se forçoso admitir que os conflitos e arbitragens cotidianamente verificados nas relações entre Legislativo e Executivo, em meio às regras institucionais mínimas fornecidas pela carta constitucional, fazem parte indissociável da vida política da democracia brasileira.

Nesse mesmo sentido de aproximar os planos discursivo e empírico, como forma de demonstrar o deslocamento da ênfase da separação de poderes para um sistema pragmático de “freios e contrapesos”, vale reproduzir as impressões externadas por Castro:

“A formulação de um discurso que aproxime a referência conceitual do que ocorre no plano empírico parece ser um desiderato para dar maior clareza aos papéis institucionais, sobre os quais devem se formar consensos públicos na democracia. Nesse sentido, vale a pena resgatar o alcance da noção de “separação de poderes” no momento de sua adoção prática inicial e suas transformações posteriores.” (CASTRO 2010, p. 145)

Nessa medida, e tomando como pressuposto o abandono da teoria liberal clássica que endeusa a legitimidade da lei e tolhe a atuação da administração pública, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o exercício pleno do poder regulamentar pelo Executivo é uma prerrogativa indispensável ao equilíbrio da experiência democrática. Dado que uma nova teoria da separação de poderes, pensada nos moldes do que esboça Rosanvallon, exclui o predomínio do momento eleitoral-majoritário como fonte da legitimidade democrática, e agrega mecanismos institucionais que conferem generalidade – imparcialidade, reflexividade e proximidade – às decisões estatais, torna-se inaceitável entender o Legislativo como o ente soberano e dominador de todos os outros poderes estatais e sociais.

Ao invés do cunho da subordinação e da execução, a compreensão da relação entre Legislativo e Executivo passaria a ser marcada pela existência natural e necessária de espaços de conflito e arbitragem entre Legislativo e Executivo em meio às regras constitucionais. Uma tal perspectiva permitiria, no entender de CASTRO (2010, p.

157), um retorno à essência dos sistema de “freios e contrapesos” teorizado por Montesquieu, na medida em que a possibilidade de existirem contrariedades recíprocas entre as partes do sistema promoveria a neutralização do poder no núcleo do sistema político – criando, assim, a oportunidade de emergência do bem ou justiça no seio da sociedade.

A discussão acima permite considerar que, se a Constituição de 1988 atribuiu superioridade hierárquica às leis no que toca à maior parte das matérias passíveis de regulação estatal, isso não significa que o poder Executivo deva restringir-se a uma atuação convocada e positivamente pautada pelo Legislativo. Ao revés, a relativa independência do Executivo não o autoriza a editar atos regulamentares que revoguem ou substituam normas legais anteriormente editadas, fora dos casos expressamente previstos na Constituição. Em outras palavras, além dos regulamentos legalmente autorizados, torna-se razoável que o Executivo possa produzir “*regulamentos independentes*” de lei, nas lacunas ou no silêncio legislativo, e “*regulamentos autônomos*” em relação ao poder Legislativo, nas hipóteses em que a Constituição atribuiu competência exclusiva ao poder regulamentar – art. 84, VI, *a* e *b*, da Constituição de 1988.¹¹⁷

Não se trata aqui – convém advertir – de fazer apologia ao autoritarismo do chefe de Estado. Pelo contrário, conforme a discussão acima das ideias de Rosanvallon indica, busca-se evitar autoritarismos exercidos por quaisquer meios, seja pelo Executivo ou pelo Legislativo – como o que ocorreu no período da Convenção, durante a Revolução Francesa. Assim, de acordo com a nova visão sobre a matéria, decorrente do que vai acima, caso o poder Legislativo entenda inadmissível um ou outro regulamento do Executivo, poderá sempre editar leis que suplantem os atos administrativos contestados. Poderá ainda sustar a eficácia dos atos normativos do poder Executivo que considere exorbitantes do poder regulamentar, nos termos do art.

¹¹⁷ A classificação dos regulamentos em *independentes* e *autônomos* é proposta por André Rodrigues CYRINO (2005, p. 190), que também pressupõe que o *princípio da legalidade administrativa não pode ser tomado com os mesmos contornos que tinha no século XVIII, travestido num discurso ideológico e mitificador da lei que não tem razão de ser nos dias de hoje*:

“Regulamentos autônomos são aqueles que têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita uma esfera de conteúdos reservados ao regulamento. Trata-se de um campo exclusivo onde não pode adentrar o legislador. Regulamentos independentes, ou regulamentos *praeter legem*, são os que existem no espalho deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal, num campo de poderes residuais. A relação entre lei e regulamento é marcada pela *competência*, enquanto que a relação entre lei e regulamento independente é pautada pela *hierarquia* (CYRINO 2005, p. 193).”

49, V, da Constituição de 1988. Isso afora a possibilidade do controle de constitucionalidade que as mesas diretoras de ambas as casas do Congresso Nacional e os partidos políticos poderão suscitar perante o Supremo Tribunal Federal, conforme os artigos 102, I, *a* e 103, II, III e VIII, do texto constitucional. Sob tais condições, não há risco de despotismo, como já anunciava Georges Cahen em 1903, numa França com procedimentos sensivelmente menos institucionalizados que o Brasil de hoje.

Importa mais à democracia brasileira, em substituição a uma ojeriza antiquada e injustificada contra o poder regulamentar, que se dê maior transparência e se proporcione participação mais efetiva da população interessada nos processos decisórios do poder Executivo. Iniciativas nesse sentido já se veem com mais frequência tanto nas agências reguladoras como nos ministérios do poder Executivo e demais autarquias e fundações públicas, conforme dá conta o Comunicado nº 132 do IPEA (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA 2012). De acordo com essa pesquisa, o ambiente político-democrático do país nas últimas décadas *“foi marcado por ampla disseminação de formas de interação e colaboração de cidadãos, grupos da sociedade e atores privados na formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas”*. Dentre as conclusões do estudo realizado pelo IPEA consta que 90% dos programas do governo federal contam hoje com alguma forma de *“interface socioestatal”*, a exemplo de audiências públicas, consultas públicas, conselhos, dentre outras modalidades.¹¹⁸

Ao tornar mais visíveis e inteligíveis os processos decisórios do Estado, ao revelar as nuances dos atritos e das composições entre Executivo e Legislativo em torno da abrangência das leis e dos regulamentos, abre-se caminho para uma repolitização da democracia brasileira. Torna-se possível que o cidadão deixe de ser apenas um espectador dos governantes ou um contestador pontual de políticas públicas, e ganhe os instrumentos que o permitam ser um também um ator político, capaz de colaborar

¹¹⁸ O IPEA ainda conclui que:

“(...) tornou-se bastante visível a consolidação de uma diversificação e variabilidade dos formatos de interface socioestatal (formas mais coletivizadas ou individualizantes) que se consolidaram na última década, envolvendo as ouvidorias, reuniões com grupos de interesse (como as mesas de diálogo e outras experiências mais pontuais), audiências públicas, consultas públicas, conselhos, conferências, e outros (envolvendo comitês diversos, sítios de internet, ações de transparência e atendimento ao cidadão, entre outros). (...) observou-se certo padrão de associação entre tipos de interface socioestatal e áreas temáticas de políticas públicas e o caráter (finalístico e de apoio) dos programas. Enquanto interfaces como conselhos e conferências apresentaram maior vínculo relativo aos programas da área de proteção e promoção social, audiências e consultas públicas e reuniões com grupos de interesse apresentaram-se mais associadas às temáticas de desenvolvimento econômico e infraestrutura.”

positivamente com a proposição de políticas públicas. Esta mudança precisa alcançar e se fazer sentir mais decisivamente na doutrina administrativista do Brasil contemporâneo.

Conclusão

O modelo político francês, sedimentado em ideias que receberam traduções jurídicas importantes a partir da Revolução de 1789, foi absorvido em sua essência pelo Brasil, desde os primeiros juristas bacharelados em Pernambuco e São Paulo até os doutrinadores nacionais contemporâneos. Entender essas correspondências entre a política e o direito – ideias jurídicas e políticas – é uma tarefa útil para se repensar e reformar o direito brasileiro contemporâneo. No presente trabalho, a preocupação recaiu sobre o direito administrativo brasileiro.

Pierre ROSANVALLON (2004, p. 117) descreveu o modelo político francês como sendo o resultado da composição entre três antinomias em permanente tensão: generalidade *versus* a particularidade; ficção contra a realidade; e lei em conflito com o governo, associado – no plano semântico – com o Executivo.

Ao mesmo tempo em que o liberalismo clássico do período revolucionário apresentava ao mundo os direitos individuais, a generalidade instituída pela lei derivada da vontade da maioria tendia a subjugar os interesses minoritários. O mundo idealizado nas entrelinhas dos dispositivos legais abstratos confrontava-se com a realidade e a hostilidade dos fatos que as leis deveriam disciplinar e transformar. A lei, imediatamente reportada à vontade geral do povo, entrava em constante atrito com as saliências da administração executiva, histórica e popularmente ligada à memória da opressão e do despotismo.

Sempre a lei, onipresente e onipotente, dominava o ideário da moderna filosofia revolucionária que atravessou oceanos e se alastrou pelas terras brasileiras. Estudiosos do direito administrativo brasileiro jamais perderam a França e seu modelo político de suas vistas. Acompanhando de longe o agitado ritmo dos acontecimentos políticos franceses, o Brasil transportou para o cenário nacional os movimentos pendulares que oscilavam entre a aproximação e a repulsa das ideias liberais. Tal ideário enxergava residir no poder Legislativo a única fonte de poder legítimo, em detrimento do poder regulamentar que o Executivo discretamente aprendera a manejar. Império, República Velha, Estado Novo, 2ª República, Ditadura Militar e Redemocratização de 1988 – tanto quanto as sequências de Impérios, Monarquias e Repúblicas francesas – sucederam-se no Brasil ao ritmo das ideologias jurídicas liberais ou antiliberais, sem

nunca, entretanto, terem deixado para trás o paradigma político referido por Rosanvallon.

O poder regulamentar, segundo definido por Michel Verpeaux,¹¹⁹ esteve sempre em constante batalha com o ideal político liberal da separação de poderes, e com sua decorrente lógica legitimadora fincada na vontade geral do povo. No Brasil, o fortalecimento dos regulamentos administrativos esteve quase sempre associado pelos juristas pátrios a regimes autoritários, como os governos de Getúlio Vargas e o Regime Militar de 1964. Publicistas do quilate de Francisco Campos, Carlos Medeiros Silva e Themístocles Brandão Cavalcanti empreenderam esforços para revisar o modelo liberal, e acabaram pessoal e doutrinariamente vinculados a regimes de autoritários. Exceção a essa regra foi o pensamento – influenciado pelo marxista inglês Harold Laski – de Victor Nunes Leal, que criticava o modelo liberal de divisão de poderes, defendendo um raio de atuação mais estendido para o Executivo sem que fosse sacrificada a participação popular.

A despeito de tentativas revisionistas, liberalismo político e positivismo jurídico se uniram no Brasil a partir da década de 1970 para levantar a bandeira da democracia, do respeito à legalidade, e do retorno do vínculo direto entre elaboração legislativa e sufrágio universal. Entre os principais expoentes dessa geração de juristas estava o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que adotou para sua teoria um conceito de poder regulamentar diminuído, subjugado e positivamente pautado pelo poder Legislativo. Como lastro garantidor de suas opiniões, esse autor invocou o dogma da supremacia da lei instituído pela Revolução Francesa. Ao fazê-lo, estabeleceu uma associação entre duas ideias até então pouco explorada pelos administrativistas brasileiros das gerações anteriores: a *supremacia da lei* e a *manifestação da vontade geral do povo*. No momento em que aderiu ao princípio de que a legitimidade democrática habita exclusivamente na lei, expressão da vontade geral do povo, Celso Antônio automaticamente infirmava o poder regulamentar, relegando-o a mero repetidor de prévios comandos legais.

As concepções idealizadas de C. A. Bandeira de Mello – das quais não diferiam os outros importantes juristas de sua geração – contradiziam, contudo, os dados

¹¹⁹ Consoante VERPEAUX (1991, p. 357), o poder regulamentar consiste na capacidade de uma autoridade diferente do corpo legislativo editar atos que compreendam disposições gerais, abstratas e impessoais, não destinados apenas a interpretar legislação anterior, e que devam conter medidas novas em relação ao ordenamento jurídico vigente, e suscetíveis de serem aplicadas diretamente aos administrados tanto quanto as leis.

colhidos da realidade tanto francesa como brasileira. Como demonstrado no presente trabalho, o detalhado estudo de Michel Verpeaux sobre a gestação do poder regulamentar durante o período da Revolução Francesa é revelador de que a noção clássica de separação de poderes jamais foi uma unanimidade entre os revolucionários, e sequer chegou a ser adotada em sua integralidade em qualquer das fases desse período. Numerosos foram os atos administrativos, colecionados por Verpeaux, que extrapolaram a camisa de força que os defensores do modelo liberal sonharam vestir no poder Executivo. Num jogo silencioso e experimentalista de avanços e recuos, os elementos caracterizadores do poder regulamentar ganharam substância ao longo da Revolução, para que este pudesse finalmente vir de corpo inteiro à luz na derradeira fase desse período, o Diretório.

Assim, o exercício do poder regulamentar tornou-se uma realidade empírica quase um século antes de ganhar uma análise teórica mais aprofundada. Os publicistas franceses das primeiras décadas do século XIX, ao se depararem com o tema, limitaram-se a repetir fórmulas retiradas do receituário ideológico preparado por Montesquieu, Rousseau e Sieyès. Dentre as máximas mais empregadas estava a de que as leis representavam atos do pensamento, abstratos, enquanto os regulamentos seriam identificados com atos de magistratura, de execução concreta da vontade abstrata manifestada pela lei. Apenas na virada do século XIX para o XX é que surgia uma nova geração de juristas dispostos a contestar o discurso secular padronizado, amparados na análise do cotejo entre realidade e teoria. Integravam esse grupo de doutrinadores Léon Duguit, Félix Moreau e Georges Cahen.

Duguit quebrou paradigmas ao negar distinção material entre leis e regulamentos administrativos. Para ele, a única diferença que separava tais atos normativos era o órgão que lhes deu origem. Essa semelhança essencial entre lei e regulamentos retirava, para Duguit, o caráter de soberania nacional que a doutrina tradicional atribuía à primeira. No mesmo sentido do mestre bordelense, Moreau acrescentava que leis e regulamentos diferiam em hierarquia. Assim, desde que não contrariasse as leis postas, para esse autor o Executivo poderia editar regulamentos que teriam força essencialmente equivalente à das leis, impondo-se a cidadãos, funcionários e tribunais. Por seu turno, Cahen foi ainda mais explícito, ao afirmar que o presidente da República poderia expedir regulamentos em razão direta de suas próprias atribuições constitucionais, independentemente da existência prévia de lei autorizadora, bastando para isso que não colidisse com nenhum comando legal.

As fronteiras que apartavam as áreas de atuação de leis e regulamentos continuaram conturbadas ao longo de todo o século XX, mesmo após o importante advento da Constituição francesa de 1958. Esse texto constitucional retirou determinadas matérias da competência das leis, transferindo-as para a atribuição exclusiva dos regulamentos do poder Executivo. Ainda assim, Louis Favoreu admitia que a realidade não obedeceu ao plano traçado em abstrato pelas novas disposições da Constituição. Curiosamente, observava-se dessa vez, era o Legislativo que invadia as competências constitucionais reservadas aos regulamentos administrativos. Os avanços dos legisladores franceses sobre a seara conquistada pelo Executivo demonstraram que não era a falta de clareza constitucional sobre as atribuições de ambos os poderes que dificultava a partilha de tarefas. Era antes a questão implícita e profundamente arraigada da identificação entre lei e legitimidade democrática.

A edição de regras de direito por um órgão não considerado representante da soberania popular sempre foi vista como uma anomalia pelos pensadores que se posicionaram em desfavor do poder regulamentar. Com o objetivo de desmitificar o principal argumento desses juristas opositores, tomou-se como base o marco teórico de Pierre Rosanvallon sobre o conceito de legitimidade democrática. Ao se propor a desconstruir o paradigma que tradicionalmente associa legitimidade à identificação com a vontade geral do povo, esse cientista político termina por revelar outras dimensões da experiência democrática.

Rosanvallon demonstrou que já ao final do século XIX o modelo político baseado na legitimidade eleitoral-majoritária soçobrava. Mais uma vez coube a Duguit, respaldado pelas ideias de Émile Durkheim, capitanear a guinada em favor de uma nova vertente da legitimidade democrática. Com o professor bordelense sobreveio uma nova perspectiva para a questão da legitimidade política, que buscava sua fonte não mais na origem do poder, mas no fim que ele pretende alcançar. O fundamento da ação administrativa deixava de ser a noção de “*vontade geral*”, então substituída pelo conceito de “*interesse geral*”. A lei não mais seria simplesmente a expressão da vontade geral, tornando-se a formalização do interesse social a que o legislador apenas cumpria reconhecer.

Ainda assim, chegada a década de 1980, o modelo de legitimidade estatal lastreado no princípio majoritário e na estabilidade do serviço público passou, no entender de Rosanvallon, a não mais atender às expectativas da sociedade. Transformações econômicas e sociais fizeram surgir uma “*era da particularidade*”, que

então passava a exigir das autoridades governantes atenção diferenciada quanto às especificidades dos variados problemas sociais. Para esse autor, o povo deixava então de ser compreendido como uma massa uniforme, para ser percebido como um conjunto de variadas minorias, desejosas de tratamento imparcial, reflexivo e próximo em relação às autoridades constituídas.

Rosanvallon afirma que as modalidades de legitimidade pela imparcialidade, pela reflexividade e pela proximidade se destinam a complementar a tradicional legitimidade eleitoral-majoritária. Passado o momento eleitoral, a “*democracia de identificação*” entre governantes e governados que dele resulta instantaneamente, passa a ser questionada em relação às práticas adotadas pelo governo eleito. Em face desse cenário, Rosanvallon propõe a construção de novos mecanismos democráticos de interação entre governantes e governados. Tais novas formas tenderiam a substituir a “*democracia de identificação*” por uma “*democracia de apropriação*” pela sociedade, destinada a corrigir, a compensar e a organizar a separação entre governantes e governados, de tal maneira que estes possam controlar e orientar o poder, mediante um mecanismo diverso daquele da simples transmissão de um mandato.

A teoria de Rosanvallon converge no sentido de questionar o modelo clássico de separação de poderes, chegando a sugerir a fundação de uma concepção original sobre o tema. Segundo esse autor, não é mais possível compreender os poderes Legislativo e Executivo como dois entes verdadeiramente isolados em suas funções supostamente típicas. Nem a legitimidade democrática se resume à atuação do Legislativo, ou em menor grau nas políticas do presidente da República, e tampouco a atividade administrativa do Executivo é impermeável à supervisão e à participação da sociedade. E tanto um como o outro são suscetíveis de sofrerem os impulsos das manifestações cidadãs, que caracterizam a *contrademocracia*.¹²⁰

Pierre Rosanvallon defende a repolitização da democracia como forma de renovar um dos principais pilares da experiência democrática. Mediante o trabalho da política, consistente em tornar visíveis os mecanismos organizadores da vida social, a soberania deixaria de ser apenas o exercício de um poder, para ganhar a acepção de capacidade do cidadão de assenhorar-se de si mesmo e de compreender o mundo.

¹²⁰ Convém recordar que a *contrademocracia* proposta por Rosanvallon não é uma força contrária à democracia, mas uma forma de democracia caracterizada pela atividade cidadã de contestação das políticas adotadas pelas autoridades eleitas, a qual ajuda a compensar as incompletudes da democracia eleitoral-majoritária.

Intenta-se dessa maneira corrigir o déficit de aparência da vida política, sem que para isso se recorra a velhas teorias metafísicas da vontade soberana.

Percebe-se que o marco teórico construído por Rosanvallon pode validamente servir de esteio para libertar de preconceitos – alimentados em velhos dogmas liberais – a ação reflexiva da política em torno das regras constitucionais de divisão de competências entre os poderes da União federal brasileira. Da mesma forma, as teorias do mencionado cientista político francês corroboram a constatação de que o ideário clássico em torno da separação de poderes não é útil para explicar a realidade do funcionamento das instituições brasileiras – sejam elas organizadas por meio da Constituição de 1988 ou por textos constitucionais anteriores. Ao contrário do que prega o purismo liberal, é preciso aceitar como parte indissociável da vida política da democracia brasileira – em meio às regras institucionais mínimas fornecidas pela carta constitucional – os frequentes conflitos e arbitragens mantidos entre Legislativo e Executivo em seu dia-a-dia.

O exercício pleno do poder regulamentar pelo Executivo é uma prerrogativa indispensável ao equilíbrio da experiência democrática. Dado que uma nova teoria da separação de poderes exclui o predomínio do momento eleitoral-majoritário como fonte da legitimidade democrática, enquanto, ao mesmo tempo, agrega mecanismos institucionais que conferem generalidade – imparcialidade, reflexividade e proximidade – às decisões estatais, não é mais possível entender o Legislativo como o ente soberano e dominador de todos os outros poderes estatais e sociais. Ou seja, o Legislativo deve passar a ser visto como necessário, mas não suficiente, para uma experiência democrática plena.

Ao invés do cunho da subordinação e da execução, a compreensão da relação entre Legislativo e Executivo passaria a ser marcada pela existência natural e necessária de espaços de conflito e arbitragem entre Legislativo e Executivo em meio às regras constitucionais. Portanto, além dos regulamentos legalmente autorizados, o Executivo pode produzir *regulamentos independentes* de lei, nas lacunas ou no silêncio legislativo, e *regulamentos autônomos* em relação ao poder Legislativo, nas hipóteses em que a Constituição atribuiu competência exclusiva ao poder regulamentar – art. 84, VI, *a* e *b*, da Constituição de 1988.

Em lugar de velhos preconceitos contra o poder regulamentar, propõe-se que se dê maior transparência e se proporcione participação mais efetiva da população interessada nos processos decisórios do poder Executivo. Ao tornar mais visíveis e

inteligíveis os processos decisórios do Estado, ao revelar as nuances dos atritos e das composições entre Executivo e Legislativo, abre-se caminho para uma *repolitização* da democracia brasileira, com o auxílio de um direito administrativo renovado. Torna-se possível que o cidadão deixe de ser apenas um espectador dos governantes ou um contestador pontual de políticas públicas, e ganhe os instrumentos – inclusive jurídicos, desenhados em uma doutrina administrativista renovada e consentânea com ideias políticas esboçadas aqui – que o permitam ser também um ator político, capaz de colaborar positivamente com a proposição de políticas públicas a serem instituídas por meio de leis ou regulamentos.

Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARANHA, Márcio Iorio. “Poder Normativo do Executivo e Teoria da Regulação.” *Notícia do Direito Brasileiro*, n° 9, 2002: 135-154.
- . *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, 2005.
- ASSEMBLÉE NATIONALE. “Les Consuls de la République aux français - du 24 frimaire, an VIII de la République.” *Le Moniteur Universel*, n° 85. Paris: Chez H. Agasse, 1799 B.
- . “Rapport au nom du Comité de Salut Public, sur un mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire, par Billaud-Varenne.” *Archives Parlementaires, Tome LXXIX*. Paris: Librairie Administrative Paul Dupont, 1911. 451-460.
- . “Séance du 18 messidor an VII.” *Le Moniteur Universel* n° 289. Paris: Chez H. Agasse, 1799 A.
- . “Séance du 2 Thermidor.” *Le Moniteur Universel*, n° 307. Paris: Chez H. Agasse, 1795 F.
- . “Séance du 20 floréal de l’an III.” *Le Moniteur Universel*, n° 233. Paris: Chez H. Agasse, Librairie, 1795 A.
- . “Séance du 20 ventôse an V.” *Le Moniteur Universel* n° 173. Paris: Chez H. Agasse, 1797 A.
- . “Séance du 21 ventôse an V.” *Le Moniteur Universel* n° 174. Paris: Chez H. Agasse, 1797 B.
- . “Séance du 5 messidor de l’an III. Discours préliminaire ao projet de constitution pour la République Française, prononcé par Boissy d’Anglas.” *Le Moniteur Universel*, n° 282. Paris: Chez H. Agasse, 1795 B.
- . “Séance du 5 thermidor.” *Le Moniteur Universel*, n° 311. Paris: Chez H. Agasse, 1795 C.
- . “Séance du Mercredi 30 septembre 1789.” *Archives Parlementaires, Tome IX*. Paris: Librairie Administratif de Paul Dupont, 1877. 219-226.
- . “Séance du vendredi 15 juillet 1791.” *Archives Parlementaires, Tome XXVIII*. Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1887. 314-354.
- . “Séance permanente du vendredi 5 avril 1793.” *Archives Parlementaires, Tome LXI*. Paris: Paul Dupont Éditeur, 1902. 317-359.
- . “Suite de la séance du 6 thermidor.” *Le Moniteur Universel*. Paris: Chez H. Agasse, 1795 E.
- . “Suite du discours préliminaire au projet de constitution pour la République Française, prononcé par Boissy d’Anglas, au nom de la comissão des onze,

- dans la séance du 5 messidor, an III.” *Le Moniteur Universel*. Paris: Chez H. Agasse, 1795 D.
- BALEEIRO, Aliomar. “A Constituição de 1946.” In: *Constituições Brasileiras. 1946*, por Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima BALEEIRO, 13-31. Brasília: Senado Federal, 2001.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil Pós-1964*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.
- BARBOSA, Ruy. *Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893.
- BARETTO, Tobias. *Estudos de Direito, vol. II*. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- BIGOT, Grégoire. *Introduction Historique au Droit Administratif depuis 1789*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. “Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil.” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 3, agosto/setembro/outubro de 2005.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Dirieto Público Brasileiro e Anályse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.
- BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- CAHEN, Georges. *Le Gouvernement Législateur: la loi et le règlement*. Paris: Arthur Rousseau, 1903.
- CAMPOS, Francisco. “A Política e o Nosso Tempo.” In: *O Estado Nacional. Sua estrutura. Seu conteúdo ideológico*, por Francisco CAMPOS, 11-38. Brasília: Senado Federal, 2001 B.
- CAMPOS, Francisco. “Diretrizes do Estado Nacional.” In: *O Estado Nacional. Sua estrutura. Seu conteúdo ideológico.*, por Francisco CAMPOS, 39-70. Brasília: Senado Federal, 2001 A.
- CASTRO, Marcus Faro de. “Jurisdição, Economia e Mudança Social.” *Cadernos Temáticos. Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito*, 2010: 143-173.
- . “Instituições Econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado.” *Revista de Direito Empresarial*, n° 6, jul./dez. de 2006: 41-62.
- . “Violência, Medo e Confiança: do Governo Misto à Separação de Poderes.” *Revista Forense*, vol. 382, novembro/dezembro de 2005: 157-180.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. “Introdução à análise da Constituição de 1967 – o esquema político da Constituição.” In: *Constituições Brasileiras. 1967*, por Themístocles Brandão CAVALCANTI, Luiz Navarro de BRITO e Aliomar BALEEIRO, 10-39. Brasília: Senado Federal, 2001.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. “O Princípio da Separação dos Poderes e suas Modernas Aplicações.” In: *Cinco Estudos*, por Themístocles Brandão CAVALCANTI, Carlos Medeiros SILVA e Victor Nunes LEAL, 1-20. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

- CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne*. Paris: Lextenso Éditions, 2008.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*. Paris: Dalloz, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. “Exposition de Principes de des Motifs du Plan Présenté à la Convention Nationale.” In: *Plan de Constitution Présenté à la Convention Nationale*, por Convention Nationale, 1-48. Paris: Imprimerie Nationale, 1793.
- CONSTANT, Benjamin de. *Les Principes de Politiques, Tome II*. Genève: Librairie Droz, 1980.
- . *Réflexions sur les Constitutions, la Distribuion des Pouvoirs et les Garanties, dans une Monarchie Constitutionnelle*. Paris: Imprimerie de Hocquet, 1814.
- CORMENIN, Le Baron de. *Questions de Droit Administratif, Tome II*. Paris: Chez M. Ridler, 1822.
- CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo, vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CURI, Isadora Volpato. “Juristas e o Regime Militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB.” In: *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro (de 1930 aos dias atuais)*, por Guilherme Carlos MOTA e Natasha Schimitt Caccia SALINAS, 385-423. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CYRINO, André Rodrigues. *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República. A Espécie Regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- DICEY, A. V. *Introduction of the Study of the Law of the Constitution*. London: MacMillan and Co., 1915.
- DUFOUR, Gabriel Michel. *Traité Général de Droit Administratif Appliqué, Tome I*. Paris: Cotillon, 1854.
- DUGUIT, Léon. *Études de Droits Public, t. II. L'État, les gouvernants et les agents*. Paris: Albert Fontemoing, 1903.
- . *Les Transformations du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.
- . “La Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789.” *Revue d'Économie Politique*, 1893: 99-132.
- . *Traité de Droit Constitutionnel, Tome I*. Paris: Ancienne Librarie Fontemoing & Cie, 1927.
- . *Traité de Droit Constitutionnel, Tome II*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1928.
- DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO. “Parecer da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, publicado no Correio da

- Manhã, em 3 de março de 1945.” In: *Constituições Brasileiras. 1937*, por Walter Costa PORTO, 53-62. Brasília: Senado Federal, 2001.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FAVOREU, Louis. *Le Domaine de la Loi et du Règlement*. Aix-en-Provence: Economica. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1981.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade.” *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 35, novembro de 2000.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Envegonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GÉRANDO, Joseph-Marie de. *Institutions de Droit Administratif, Tome I*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1829.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*. Paris: L. Larose, 1900.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Participação social como método de governo: um mapeamento das "interfaces socioestatais" nos programas federais*. Comunicados do IPEA, nº 132, Brasília: IPEA, 2012.
- ISAMBERT, François-André. *Du Pouvoir Réglementaire*. Paris: Chez Corrêard, 1821.
- JÈZE, Gaston. “Le Règlement Administratif.” *Revue Générale d’Administration*, maio de 1902: 6-22.
- LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux, Tome I*. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1896 A.
- . *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux, Tome II*. Paris: Berger-Levrault, 1896 B.
- LEAL, Victor Nunes. “A Divisão dos Poderes no Quadro Político da Burguesia.” In: *Cinco Estudos*, por Themístocles Brandão CAVALCANTI, Carlos Medeiros SILVA e Victor Nunes LEAL, 93-113. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.
- LEAL, Victor Nunes. “Desenvolvimento com Liberdade.” In: *Liberdade, Desenvolvimento e Advocacia*, por OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Manaus: OAB, 1980.
- LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- LONG, Marceau, Prosper WEIL, e Guy BRAIBANT. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris: Éditions Dalloz, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, Rafael Mafei Rabelo QUEIROZ, e Thiago dos Santos ACCA. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Editora Método, 2009.
- MABLY, Gabriel de. “Du gouvernement et des loix de la Pologne.” In: *Oeuvres Complètes de l’abbé de Mably*, por Gabriel de MABLY, 1-282. Lyon: J. B. Delamollière, 1792.

- MACAREL, Louis Antoine. *Éléments de Droit Politique*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1833.
- MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État, t. I*. Paris: Sirey, 1920.
- . *La Loi, expression de la volonté générale*. Paris: Sirey, 1931.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos jurídicos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005 B.
- . “Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil.” *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 1*, março/abril/maio de 2005 A.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Constitucionalismo, Estado de Emergência e Anticomunismo no Brasil (1935-1937)*. Brasília: Universidade de Brasília, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. “O Estado e a Administração - seus Poderes, Órgãos e Agentes.” *Justitia, vol. 89*, 2º trimestre de 1975: 253-270.
- . “Poder de Polícia e Segurança Nacional.” *Revista dos Tribunais, vol. 61*, novembro de 1972: 287-298.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- . “Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro.” *Genesis. Revista de Direito Administrativo Aplicado, n. 7*, dezembro de 1995: 961-970.
- . *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo. Vol. 1*. Rio de Janeiro: Companhia Forense de Artes Gráficas, 1968.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. “De L'Esprit des Lois.” In: *Oeuvres Complètes de Montesquieu*, por Charles-Louis de Secondat MONTESQUIEU, 188-529. Paris: Imprimerie de Firmin Didot Frères, 1834.
- MOREAU, Félix. *Le Règlement Administratif*. Paris: Albert Fontemoing, 1902.
- . *Le Règlement Administratif. Étude Théorique et Pratique de Droit Public Français*. Paris: Albert Fontemoing, 1902 A.
- . “Le Règlement Administratif.” *Revue Générale d'Administration*, mai-août de 1902 B: 257-266.
- MOUNIER. “Considérations sur les Gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France, soumises à l'Assemblée Nationale.” *Archives Parlementaires*. Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875. 407-422.
- MOUNIER, Jean-Joseph. “Considérations sur les Gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France, soumises à l'Assemblée Nationale.” *Archives Parlementaires*. Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875. 407-422.
- NUNES, Edson de Oliviera, André Magalhães NOGUEIRA, Cátia Couto da COSTA, Helenice Vieira de ANDRADE, e Leandro Molhano RIBEIRO. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007.

- OLIVEIRA, José Rubino de. *Epítome de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.
- PAULA, Felipe de. *As Armas e os Barões Assinalados: uma análise acerca da aposentadoria compulsória dos Ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal, ocorrida em janeiro de 1969, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. “500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro.” *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 1, ano 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, abril de 2003.
- . *Direito Administrativo*. 23^a. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras. 1934*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet du Code Civil*. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004.
- PORTO, Walter Costa. “A Constituição de 1937.” In: *Constituições Brasileiras. 1937*, por Walter Costa PORTO, 13-36. Brasília: Senado Federal, 2001.
- REGO, Vicente Pereira. *Elementos de Direito Administrativo, para uso das faculdades de direito do Império*. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860.
- REIS, Aarão. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas Villas-Boas & C, 1923.
- RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro. Noções Preliminares*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, Livreiros-Editores, 1866.
- ROSANVALLON, Pierre. *La Contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*. Paris: Éditions du Seuil, 2006.
- . *La Legitimité Démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Éditions du Seuil, 2008.
- . *Le Modèle Politique Français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*. Paris: Éditions du Seuil, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrat Social ou Principes de Droit Politique*. Paris: Garnier, 1923.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Oeuvres Complètes de J. J. Rousseau. Tome Troisième.” In: *Lettres Écrites de la Montagne*, por Jean-Jacques ROUSSEAU, 1-108. Paris: Alexandre Houssiaux, Librairie, 1853.
- SAINT-JUST, Antoine-Louis-Léon de. “Rapport fait à la Convention au nom du Comité de Salut Public. Séance du 19 du premier mois de l’an II de la République.” In: *Oeuvres de Saint-Just, Représentant du Peuple à la Convention Nationale*, por Antoine-Louis-Léon de SAINT-JUST, 167-186. Paris: Prévot, Librairie-Éditeur, 1834.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Préliminaire de la Constitution Française*. Paris, 1789 B.
- . *Qu’est-ce que le Tiers-État?* Paris, 1789 A.

- SILVA, Carlos Medeiros. “O Poder Regulamentar e sua Extensão.” *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 20, Abril-Junho de 1950: 1-5.
- . “O Poder Regulamentar no Direito Comparado.” *Revista Forense*, vol. 147, maio-junho de 1953: 24-27.
- SIREY, J-B. *Du Conseil d’État selon la Charte Constitutionnelle*. Paris: Cour de Harley, 1818.
- SOBRINHO, Barbosa Lima. “A Constituição de 1946.” In: *Constituições Brasileiras. 1946*, por Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima BALEEIRO, 33-53. Brasília: Senado Federal, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. “A Ordem dos Publicistas.” *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 1, Janeiro de 2004.
- TÁCITO, Caio. “Evolução Histórica do Direito Administrativo.” In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) v.1*, por Caio TÁCITO, 1-7. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TÁCITO, Caio. “O Primeiro Livro sobre Direito Administrativo na América Latina.” In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) v.1*, por Caio TÁCITO, 9-11. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TYLER, T. R. “Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation.” *Annual Review of Psychology*, vol. 57, 2006: 375-400.
- . “Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law.” *Crime and Justice*, n. 30, 2003: 283-357.
- VERPEAUX, Michel. *La Naissance du Pouvoir Réglementaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- VIANA FILHO, Luís. “O projeto de Constituição (capítulo XXII) e A Constituição de 1967 (capítulo XXIII).” In: *O Governo Castelo Branco. Tomo II. Rio de Janeiro*, por Luís VIANA FILHO, 452-476. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército e Livraria José Olympio, 1975.
- VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.