

# **VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA**

**SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS**

**CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS**

**ISABEL FONSECA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Sofia Melo Figueiras; Isabel Fonseca; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-465-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Administração. 3. Gerência.

VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



# VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

## DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

---

### **Apresentação**

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 15h00min às 19h00min, e contou com a apresentação de treze artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de processo administrativo, direitos e garantias afins, políticas e administração públicas, contrato administrativo e demais temáticas atinentes, bem como o Direito Administrativo Aplicado.

Os textos foram organizados em 04 (quatro) blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

#### A - Processo Administrativo, Direitos e Garantias Afins

1 - O trabalho desenvolvido por Felipe de Almeida Campos e Sérgio Henriques Zandona Freitas, “ASPECTOS CRÍTICOS DA PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015”, aborda os escopos instrumentalistas metajurídicos e a falta de definição concreta sobre determinados institutos processuais administrativos, com destaque para o histórico constitucional e infraconstitucional do processo administrativo. A análise da constitucionalidade e os elementos estruturantes do processo administrativo, notadamente sua principiologia, pela compreensão processual democrática constitucional, discutindo-se também a aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil de 2015.

2 - Norma Sônia Novaes Campos e Hernani Martins Junior, em texto intitulado “PAD E OS MODELOS DE JUIZ”, investigam o processo administrativo disciplinar (PAD), com destaque para o procedimento regido pelos princípios processuais com vias a apurar eventuais delitos ou desvios de conduta de servidores no exercício da função pública. Questionam que, não raro, os princípios do direito processual são ignorados, argumentando que o resultado disto é a completa perversão do estado de direito. No texto são abordadas as principais falhas do PAD e paralelamente os modelos de juiz por Francois Ost, na busca de solução para o problema.

3 - O trabalho de Gabriela Schardosim Cardoso, intitulado “O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NO ATO ADMINISTRATIVO”, teve por objetivo realizar sucintas considerações a respeito do conceito de ato administrativo, expor a motivação do ato administrativo como princípio atinente, com o objetivo de demonstrar que a sua utilização decorre de institutos presentes na própria Constituição.

#### B - Políticas e Administração Pública

4 - Ricardo dos Santos Caçapietra e Ana Amelia Barros Miranda, em texto intitulado “A EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA SOB UMA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL: JURÍDICA, ECONÔMICA E DE GESTÃO PÚBLICA”, discutem o ciclo de políticas públicas, o princípio da eficiência e a gestão por resultados decorrente da reforma do Estado da década de 90, como ferramentas complementares à avaliação de uma política pública. Abordam ainda a eficiência das políticas públicas, sob o ponto de vista da análise econômica do direito, destacando os aspectos jurídicos e a importância da gestão por resultados, num cenário em que a demanda por serviços públicos e infraestrutura cresce bem acima da capacidade financeira do Estado em provê-los.

5 – O trabalho de Letícia Badini Martins Halfeld e Amanda Benevenuti Ladeira, intitulado “A RACIONALIDADE WEBERIANA APLICADA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA SINDICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”, analisa a ideia de racionalidade de Max Weber, com base principalmente na obra “Economia e Sociedade”, em busca de um possível paralelo com a razoabilidade, mormente na sua aplicação no direito público em sede de sindicabilidade do mérito administrativo. Na abordagem sugere que o Estado Racional weberiano, burocratizado, não deixa de existir completamente, mas deve se adequar ao Estado Democrático de Direito e suas consequentes bases principiológicas.

6 - Carolina de Moraes Pontes e Everton Silva Santos, em texto intitulado “A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DAS ENCHENTES: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL SOB O PRISMA DA OMISSÃO”, abordam a responsabilidade civil do Estado em decorrência das enchentes e seus danos causados a população em face de sua omissão como administrador público. Detalham problemas ocasionados por fenômenos que guardam exclusão de responsabilidade em casos na esfera cível, em que a sociedade é afetada por meio dos impactos sentidos de forma ostensiva, cuja análise de responsabilidade é avaliada pelo prisma do Estado.

7 – O texto de Patricia Susana Baía da Costa Colaço Machado, intitulado “PORTUGAL E A NECESSIDADE DE UMA POLITICA REGIONAL ‘A INEVITÁVEL REFORMA DO PODER LOCAL’”, avança sobre o debate da política regional e a política de investimento estratégico dirigida a todas as regiões e cidades de Portugal, com o objetivo de aumentar o seu crescimento econômico. Analisa ainda, preceito legal que tem sido muito esquecido, a qualidade de vida das pessoas, com paradigma no moderno discurso político e no poder local regionalizado.

C - Contrato Administrativo e demais temáticas atinentes

8 – Na sequência, o trabalho de Carlos Araújo Leonetti e Felipe Cesar Lapa Boselli, intitulado “O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, objetivam o conceito de desenvolvimento nacional sustentável, sob o ponto de vista ecológico, no âmbito das contratações públicas, e sua aplicabilidade à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa.

9 - No texto intitulado “O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E SEUS LIMITES”, Isa Filipa António de Sousa, esclarece que o poder do parceiro público que, no âmbito da execução de um contrato celebrado com parceiros privados, suscita problema quanto ao «ius variandi», na perspectiva da igualdade inter partes e da estabilidade contratual. Alerta ainda para o poder de reconformação unilateral do conteúdo do contrato inicialmente celebrado, sem que haja negociação com o parceiro privado acerca das alterações ao clausulado, destacando o abuso com complexas implicações económico-financeiras, que obrigam à posterior celebração de acordos de reequilíbrio financeiro. Finalmente, alerta para o alcance e limites legais impostos a este poder, delimitando-o.

10 - Theresa Christine De Albuquerque Nobrega e Anna Dolores Barros de Oliveira Sá, em trabalho intitulado “REGULAÇÃO NA CONTRATUALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: FOMENTO À SEGURANÇA JURÍDICA E COMBATE A CORRUPÇÃO”, destacam os objetivos da Lei 13.019/2014 quanto a reordenação nas formas de combate à corrupção nos contratos públicos. Chamam a atenção para a notória mudança legislativa que articula órgãos de controle da Administração Pública, ampliando as perspectivas de transparência e controle social das políticas públicas, determinando o suprimento de um espaço necessário à promoção de uma política nacional de combate à corrupção, compliance e segurança jurídica.

#### D - Direito Administrativo Aplicado

11 - No texto de Marcos Fernandes de Souza, intitulado “A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO”, aborda a Lei 9.503/1997, identificando o Sistema Nacional de Trânsito como conjunto de órgãos, com a participação de todos os entes federativos, que têm por finalidade o planejamento, administração, normatização, policiamento, fiscalização e julgamento de infrações e aplicação de sanções administrativas na temática trânsito. Alerta para a estruturação própria e compartimentada do SNT entre órgãos da Federação e, valendo-se de corpo técnico para áreas do trânsito, com destaque para mecanismos institucionais que o asseguram desde as atividades atípicas (ao Poder Executivo) de normatizar, realizar julgamento e aplicar sanções, até as funções usuais realizadas pelo Executivo.

12 - Edimur Ferreira De Faria e Claudio Luiz Gonçalves de Souza, em trabalho intitulado “A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FACE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS CONTROLADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL”, ressaltam a questão do Poder Discricionário Administrativo frente à crescente judicialização da saúde na busca do atendimento do cidadão a medicamentos. O direito à saúde se afigura na Constituição como direito fundamental de todo o cidadão. Abordam ainda a sua natureza subjetiva, conquanto o que se tutela é o bem maior, ou seja, a vida. Alertam para a dicotomia do direito fundamental à saúde versus o alto custo dos medicamentos em face do interesse público lato sensu.

13 –No trabalho de Rodrigo Monteiro Da Silva, intitulado “A ALTERAÇÃO NA FORMA DE ESCOLHA DE MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS: UMA INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ARTIGO 75 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”, o autor, no contexto em que se permite a alteração do respectivo texto constitucional por meio de emendas oriundas da vontade direta do povo, a partir de uma

interpretação criativa e democrática do art. 75 da Constituição brasileira de 1988, se propõe a examinar a natureza dos Tribunais de Contas, com a demonstração da necessidade da adoção de critérios objetivos e isonômicos para a escolha de seus membros.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Administrativo e das políticas públicas no eixo Brasil-Portugal, além da necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Cláudia Sofia Melo Figueiras (UMINHO)

Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro Fonseca (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO.**

### **THE APPLICATION OF THE ADMINISTRATIVE STATE THEORY IN THE NATIONAL TRANSIT SYSTEM.**

**Marcos Fernandes de Souza <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

Tendo por desenho o estabelecido pela Lei 9.503/1997, o Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos, com a participação de todos os entes federativos, que têm por finalidade o planejamento, administração, normatização, policiamento, fiscalização e julgamento de infrações e aplicação de sanções administrativas na temática trânsito. Com estruturação própria e compartimentada entre órgãos da Federação e, valendo-se de corpo técnico para áreas do trânsito, o SNT é equipado com ferramentas e mecanismos institucionais que o asseguram desde as atividades atípicas (ao Poder Executivo) de normatizar, realizar julgamento e aplicar sanções, até as funções usuais realizadas pelo Executivo.

**Palavras-chave:** Estado administrativo, Snt, Administrativo

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

Drawing on the provisions of Law 9.503 / 1997, the National Transit System is the set of bodies, with the participation of all federative entities, whose purpose is the planning, administration, regulation, policing, supervision and judgment of infractions and Application of administrative sanctions in the transit issue. With its own structure and compartmentalized between members of the Federation and, using technical staff for transit areas, the SNT is equipped with institutional tools and mechanisms that ensure it from atypical activities (to the Executive Branch) to standardize, carry out judgment and apply Penalties, to the usual functions performed by the Executive.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Administrative state, Snt, Administrative

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito



## **1. INTRODUÇÃO**

Tendo por desenho estruturante o estabelecido pela Lei 9.503/1997, o Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades, com a participação de todos os entes federativos, que têm por finalidade o planejamento, administração, normatização, policiamento, fiscalização e julgamento de infrações e aplicação de sanções administrativas na temática trânsito<sup>1</sup>.

Com estruturação própria e compartimentada entre órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além da representatividade da sociedade civil<sup>2</sup>, e, valendo-se de corpo técnico específico para áreas com repercussão no trânsito, o Sistema Nacional de Trânsito é equipado com ferramentas e mecanismos institucionais que o asseguram desde as atividades atípicas (ao Poder Executivo) de normatizar, realizar julgamento e aplicar sanções, até as funções usuais da administração realizadas pelo Poder Executivo, criando uma estruturação vívida, hierarquizada, adaptativa no interior da Administração Pública, em todos os níveis da Federação, e que dialoga com os Poderes Legislativo e Judiciário em processo contínuo a fim de desempenhar suas atribuições e garantir a tecnicidade necessária à sua temática.

## **2. OBJETIVOS**

Verificar sob a ótica do Estado Administrativo a estruturação, quando aos objetivos, desenhos e capacidades institucionais do Sistema Nacional de Trânsito.

## **3. METODOLOGIA**

A metodologia utilizada baseia-se na análise estruturalista (método sistêmico) do Sistema Nacional de Trânsito, sob a emolduração do Estado Administrativista, utilizando como marco teórico a bibliografia de Adrian Vermeule.

Para o desenvolvimento do trabalho se observará os seguintes critérios: com relação ao tempo, terá como marco inicial o atual Código de Trânsito Brasileiro, ou seja, de 1997 em diante; com relação ao espaço, a perspectiva será de abrangência nacional, utilizando-se de

---

<sup>1</sup> Art. 5º, CTB.

<sup>2</sup> Art. 13, §2º, CTB.

dados obtidos da análise das Resoluções do CONTRAN, e com relação à matéria, à todo conteúdo técnico de trânsito que gere possibilidade de interpretação normativa (resoluções do CONTRAN e Legislação Federal) diversa, dupla ou ambígua do SNT com demais os órgãos públicos.

#### 4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

A fim de se analisar o Sistema Nacional de Trânsito, sob a ótica do Estado Administrativo, é importante se revisitar conceituações que auxiliarão na interpretação dos fenômenos resultantes da atuação do SNT, mais especificamente, no trato com os Poderes Legislativo e Judiciário.

Partindo de uma construção histórica, pode-se dizer que o que se entende hoje por Estado Administrativo é o resultado de uma sofisticação, através de mecanismos preestabelecidos, de nichos do Poder Executivo que foram desenvolvidos com instrumentos de normatização que extrapolam a capacidade regulamentar do Poder Executivo, numa visão clássica da Separação dos Poderes, e perpassa por uma atuação legiferante e decisional técnica e autônoma.

O primeiro momento em que se observou a terminologia "Estado Administrativo" foi com o estudo e publicação do cientista político Clifford Dwight Waldo, no ano de 1948, intitulado "*The Administrative State: A study of the political theory of american public administration*", que buscou analisar as práticas, até então adotadas<sup>3</sup>, pela administração pública federal norte-americana e alertar para os seus eventuais resultados.

---

<sup>3</sup> "The political theory embedded in orthodox administrative thinking was at odds with U.S. political culture and constitutional design. As just noted, democratic institutions and grassroots public participation in government were viewed as "interferences" with sound administration. In particular, the long-standing constitutional commitment to the separation of powers confounded orthodox principles. It interfered with the hierarchical unity of command necessary for efficiency and the clear lines of responsibility required for direct accountability. Separation of powers also created difficulties in maintaining a separation of administration from politics because Congress continued to exercise tremendous constitutional authority over the creation, organization, powers, processes, funding, staffing, and location of administrative agencies. In their ideal world, the proponents of orthodoxy would have centralized control of federal administration almost exclusively in the president and his closest aides. Finally, by unmasking the orthodoxy's nondemocratic, centralizing political theory, Waldo put the question of whether there could be a democratic theory of public administration squarely before the field. In terms of setting an intellectual agenda, this is the main contribution of *The Administrative State*. The rich literature on the relationship of bureaucracy and democracy, representative bureaucracy, participatory bureaucracy, grassroots administration, and related topics that developed after 1948 owes much of its intellectual origins to Waldo's work."

ROSENBLOOM, David H.. MCCURDY, Howard E.. *Revisiting Waldo's Administrative State: constancy and change in public administration*. Washington D.C: Georgetown University Press - 2006. Pgs. 03 e 04.

Diversos fatores auxiliaram para que a perspectiva do Estado Administrativo apresentada por Dwight Waldo pudesse se desenvolver e expandissem tão significativamente. A primeira delas é com relação ao tempo em que esse estudo foi apresentado.

David Rosenbloom e Howard McCurdy<sup>4</sup> afirmam a obra de Waldo concorreu com o fim de um movimento intelectual que contribuía na formulação do governo federal norte-americano (conhecido como “período de ortodoxia da administração pública”), servindo então de parâmetro na construção de um novo modelo de pensar da administração pública.

Além disso, o modelo pretérito “ortodoxo” já havia apresentado sinais de falência de seus paradigmas.

Primeiramente, o modelo ortodoxo ignorava, em sua análise dos procedimentos administrativos, o fator humano (servidor público), creditando a um modelo mecanicista a efetividade dos níveis de produtividade, irrelevando a atuação e interação de seus funcionários para a obtenção desta.

Em segundo lugar, o modelo ortodoxo tinha por premissa a separação absoluta da administração pública com a política, fato que fora desconstruído com estudos da época que ajudaram a esvaziar a credibilidade deste modelo como modelo paradigmático a ser utilizado pela Administração Pública Federal dos EUA.

Sob a visão de Rosenbloom e McCurdy, a tese de Waldo auxiliou a desmistificar a teoria então vigente com base em quatro questionamentos: i. ao analisar a administração pública, deve-se ter a perspectiva que a mesma deve ser vista também sob uma ótica de teoria política; ii. que os princípios que direcionavam o modelo ortodoxo não deveria ser vistos como parâmetros imutáveis, mas como mecanismos de observação flexibilizável, ainda mais num momento de transformação da economia norte-americana de uma matriz agrária numa matriz industrial, e com todas as repercussões e desafios que esta transformação traz; iii. O pensamento ortodoxo encontrava-se em desacordo com a cultura política e com a Constituição Norte-Americana pois aquele veria como “interferência” na administração a perspectiva das instituições democráticas e participação pública no governo; iv. Questionando se o parâmetro centralizador aceito por esta teoria não inviabilizaria uma possibilidade de interação democrática na teoria da administração pública.

Em sua obra, Waldo narra o ambiente econômico (a transformação da sociedade americana pelo processo de industrialização), com as perspectivas sociais que foram elevadas no pós-2ª Guerra Mundial, a proximidade dos setores da administração pública com o meio

---

<sup>4</sup> ROSENBLOOM, David H.. MCCURDY, Howard E.. *Revisiting Waldo's Administrative State: constancy and change in public administration*. Washington D.C: Georgetown University Press - 2006. Pgs. 01 a 04.

acadêmico, objetivando uma suposta eficiência administrativa na aplicação de recursos, bem como os desafios oriundo das características político-jurídicas constitucionais americanas, delimitando especificamente a questão da separação de poderes e do modelo federativo adotado como vetores de problemas sistêmicos a serem resolvidos, ou administrados.

Waldo<sup>5</sup> já entendia que o modelo de separação dos poderes era, como o próprio nome diz, um modelo e portanto este não deveria ser o depositário de uma dogmática jurídica que pudesse abarcar todas as soluções e justificações legais no caso de eventuais assimetrias, mas sim, de um consenso inicial na formulação da Constituição norte-americana, de uma premissa sob parâmetros necessários para sua estruturação e coesão - sob a ótica mecanicista da política e de seu controle através o equilíbrio - adaptáveis<sup>6</sup> (de certa maneira) a eventuais as modificações político-sociais.

---

<sup>5</sup> *"Our Constitutional System - Public administration has of course been conditioned in diverse ways by the peculiarities of our constitutional and political systems. For example, our unique interpretation and strong institutionalization of the theory of the separation of powers, and our federal system, have created administrative problems that administrative students have sought to deal with by developing a philosophy of integration and simplification. The need for integration, in fact, has seemed so urgent that with many the "canons of integration" gained the status of universals. It may be noted also that the separation and division of power and the lack of a strong tradition of administrative action have contributed to the proliferation of organizations of private citizens, and of public servants acting more or less in their private capacities, in order that certain functions may be performed that are carried out directly by the bureaucracies in some other highly developed nations. This "private" nature of American public administration has posed problems of the proper division of function between public and private administration and of the proper relation between autonomous or semi-autonomous organizations and the state structure. It may also be noted that our institutional framework was partly responsible for the rise of the "spoils system," which has retarded the advance of effective administration and the rise of a tradition of government service by the "best." The fact that we have not developed a strong tradition of service by any particular intellectual, social, or educational type has invited speculative writing on the nature of administrative functions; on the problem of who should perform them, how they should be selected, and how trained a field of much controversy."*

WALDO, Dwight. *The Administrative State: A study of the political theory of american public administration*. Nova Iorque: The Ronald Press Company, 1948. Pgs. 7 e 8.

<sup>6</sup> *"Balanced" and "Centrifugal" Government. - The rationale of the eighteenth-century instruments of government was that good government is government limited in its objectives, balanced in its organs, and divided in its powers.) These instruments were framed under the dominance of Newtonian conceptions of mechanical balance, in accordance with ancient precepts for preventing tyranny, and in deep-felt fear of government by a majority. But the original institutions, set up and managed by the commercial and plantation minority, had been considerably modified in spirit and in form by the passing of political power into the hands of "the people" and by the ideology of the New Democracy. Governmental forms were adapted to the fact of rude frontier equalitarianism, and the "spirit of the laws" changed even when the forms remained the same. The Founding Fathers wanted government limited, divided, balanced; nineteenth-century democrats wanted it pulverized, dispersed, vulgarized. The former gave us functional separation and territorial division of powers, checks and balances, bicameralism, an independent judiciary, enumerated powers granted, and enumerated and unenumerated rights retained. The latter gave us general manhood suffrage, elected administrators, elected judges, thousands of tiny political units, a theory that in public life one is worth what he can get, and a practice of rotation in office. Both the "balanced" and the "centrifugal" institutions were warp and weft of the conditions that aroused the indignation of the reformers. The outlook with which the reformers confronted the status quo has already been indicated their faith in the imperative of America's Mission; their anguish at the discrepancy between theory and fact, between dream and realization; and their fear even for the continued existence of a republican United States. They believed also in the goodness and rationality of men. That the "real" selves of men desired "good" government they had no doubt. That man is not stained with an indelible stamp of original sin, that he has great potentialities for good, that he is rational and hence educable and perfectible: these tenets*

Dwight Waldo ao criticar a então chamada “teoria da administração pública ortodoxa”, utiliza-se de uma engenharia reversa para explicar a atuação da administração pública, não somente sob a visão jurídico-legal, mas utilizando-se de perspectivas políticas, administrativas propriamente ditas e econômicas, tentando conciliar o vetor jurídico-político “democracia” com o vetor administrativo-econômico “eficiência”, atrelando<sup>7</sup> o viés democrático ao critério de eficiência de recursos da Administração Pública, utilizando-se para isso da ideia de que Governança, no sentido do Poder Executivo, se subdividiria em de decisão (que carregaria forte perspectiva política) e execução (que carregaria um viés de cientificidade, especificidade<sup>8</sup> ou tecnicidade).

A primeira linha de resistência quanto a atuação do Estado Administrativo, que se encontra em expansão, reside em seu plano de existência no Texto Constitucional.

Philip Hamburger afirma que a figuração do Estado Administrativo não possui previsibilidade expressa na Constituição Americana, tão pouco regulamentação legal; existindo num plano de validade extralegal<sup>9</sup>, ou fora do “*rule of law*”, extrapolando a

---

*they believed implicitly. It was a case of "moral man and immoral society." Man's institutions were bad, and they had to be changed to allow his goodness to expand and his rationality to grow. Believing this, they had to reject the then prevailing approach to the problem of better government, that of trying to get "good" or "moral" men to run the government gangrene cannot be cured by a sprinkling of lavender water."*

WALDO, Dwight. *The Administrative State: A study of the political theory of american public administration*. Nova Iorque: The Ronald Press Company, 1948. Pgs. 131 e 132.

<sup>7</sup> *"There is an area of explicit doubt and skepticism about all of these tenets except the first: that true democracy and true efficiency are reconcilable. This is so fundamental that, by definition, it could hardly be denied by an American writer on public administration. But critical thinking has taken place even here, in the form of a broadening or rejection of the original definitions of democracy and efficiency. Concerning "politics-administration," doubt has arisen about both the possibility and the desirability of making a sharp separation of power or division of function between the deciding and the executing agencies of government. Thinking about the nature and imperatives of "science" and "principles" becomes increasingly more critical, more subtle. And there are those who would remodel extensively the historical structure organization and procedures of American business, as well as that of governmental administration, in the name of Democracy, or for the sake of giving the Expert his proper role."*

WALDO, Dwight. *The Administrative State: A study of the political theory of american public administration*. Nova Iorque: The Ronald Press Company, 1948. Pg. 207.

<sup>8</sup> *"One of the most obvious features of recent writing on public administration is its large volume and wide scope, together with an increasing tendency to specialized, factual or "empirical" studies. This increasing specialization is perhaps normal and desirable, representing healthy progress in the discipline."*

WALDO, Dwight. *The Administrative State: A study of the political theory of american public administration*. Nova Iorque: The Ronald Press Company, 1948. Pg. 207.

<sup>9</sup> *"This extralegal power, whether legislative or judicial, could be understood merely as a departure from regular institutions and processes, and certainly this is an element of the problem. As noted by some scholars, administrative power is exercised outside Congress and the courts. The more fundamental point, however, is not merely about institutions or procedures, but about the contrast between regular law and irregular commands, between ordinary adjudication and the extraordinary substitutes for it. If government must rule through the law and through the judgments of the courts, it cannot rule through acts that are not law or court judgments. The difference between the constitutional and the administrative regimes thus ultimately rests on the distinction between law and mere state power - between the regular law by which Americans govern themselves and the irregular administrative commands by which the government imposes its will on them."*

HAMBURGER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?*. London: The University of Chicago Press, 2014. Pgs. 51 e 52.

perspectiva dada ao Poder Executivo pelo texto constitucional, criando assimetrias na divisão de poderes do Estado, com estruturas regulamentares e decisões extralegais, com pouca possibilidade prática de controle revisional do Poder Judiciário ou a maturação necessária do processo legislativo para tratar de temáticas de restringem e regulamentam direitos privados.

Além disso, a perspectiva de se desobedecer a premissa Madisoniana com relação da não concentração de poderes numa única pessoa, correlato à separação dos poderes, através de arranjos e estruturações de interferência mútua, criaria um cenário de incertezas<sup>10</sup>, onde a probabilidade de se obter resultados políticos nocivos à democracia seria real.

Um resultado possível dessa concentração, conforme James Madison enfatiza no *Federalist Papers* número 47, é o risco da “tirania”<sup>11</sup>, onde a concentração de poder numa pessoa ou num grupo pequeno criaria resultados nocivos para os cidadãos.

Eric Posner e Adrian Vermeule<sup>12</sup>, em sua obra *“The Executive Unbound: After the madisonian republic”* afirmam que apesar de o desenho constitucional americano, com a escolha de um presidente independentemente eleito, possibilitar o estabelecimento de um governo tirânico ou da figura de um ditador, tal possibilidade tende ao zero, pois, primeiramente, nunca antes houve a construção deste cenário ou a possibilidade de emergir tal

---

<sup>10</sup> "In 1952, Justice Robert Jackson observed that American administrative agencies had become "a veritable fourth branch of the Government, which has deranged our three-branch legal theories." Jackson, a keen observer of the American system, could hardly have failed to recognize this constitutional development. Through the New Deal and the world war that followed, American administrative agencies grew into power centers that were large, unwieldy, diffuse, and difficult to control. The president had acquired some leverage over this administrative apparatus through the creation of the Executive Office of the President (EOP) and by gaining a stronger role in federal budget making in the late 1930s. Presidential influence surpassed that possessed by Congress or the federal judiciary, although by most accounts it was still inadequate for presidential control.<sup>15</sup> If they wished to maintain rough coequality with the presidency, members of the legislative and judicial branches had to establish new or better means of influencing administrative decision making. As James Madison perceptively explained in *Federalist Paper* number 51, "The great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists of giving to those who administer each department, the necessary constitutional means, and personal motives, to resist encroachments of the others. Ambition must be made to counteract ambition. The interests of the man, must be connected with the constitutional rights of the place."

ROSENBLUM, David H.. MCCURDY, Howard E.. *Revisiting Waldo's Administrative State: constancy and change in public administration*. Washington D.C: Georgetown University Press - 2006. Pgs. 91 e 92.

<sup>11</sup> "The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, selfappointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny. Were the federal Constitution, therefore, really chargeable with the accumulation of power, or with a mixture of powers, having a dangerous tendency to such an accumulation, no further arguments would be necessary to inspire a universal reprobation of the system. I persuade myself, however, that it will be made apparent to every one, that the charge cannot be supported, and that the maxim on which it relies has been totally misconceived and misapplied. In order to form correct ideas on this important subject, it will be proper to investigate the sense in which the preservation of liberty requires that the three great departments of power should be separate and distinct."

MADISON, James. *THE FEDERALIST PAPERS*: Nº 47.

<sup>12</sup> POSNER, Eric A.. VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011. Pgs 176 e 177.

figura ao se analisar o histórico das eleições e da biografia de sua população, bem como, as condições políticas e econômicas que fortaleceram o Poder Executivo, também fortaleceram os controles dos atos presidenciais.

Apesar de vislumbrável teoricamente a possibilidade de se emergir um governo comandando com viés tirânico, ou seja, concentrador dos poderes constitucionais (administrativo, legiferante e jurisdicional), seja na figura de um indivíduo, um ditador, ou de um grupo, a biografia política norte-americana nunca sequer passou a apresentar um cenário neste sentido.

De fato, a perspectiva da separação, enquanto modelo teórico, se apresenta falho ou insuficiente na prática. Para Posner e Vermeule, o modelo Madisoniano partiu de duas premissas equivocadas<sup>13</sup>: primeiramente, de que a ambição individual de um membro governamental incentivaria este a fomentar e apoiar a instituição que ocupa, em segundo lugar, que realmente haja uma “mão invisível” (conceituação oriunda da economia que visa apresentar resultado obtido sem a delimitação perfeita dos agentes e ações destas, mas como visualizador de um mecanismo de equilíbrio da atuação humana no final de um processo) que alcançaria o equilíbrio em eventual disputa de instituições, chegando à conclusão de que não necessariamente a atuação deste mecanismo de controle dos poderes venha a produzir resultados sociais benéficos<sup>14</sup>.

Soma-se a isso que ideia de a extensão e o volume de demandas e obrigações do Poder Executivo (e por conseguinte do Estado Administrativo) é em muito superior à eventuais capacidades de análise e controle dos poderes Legislativo e Judiciário.

---

<sup>13</sup> *"In the Madisonian account of the separation of powers, mutual checking by institutions arises because the individual interests and ambitions of officials give them incentives to promote the power of the institutions they occupy (as Madison put it, the "interests of the man must be tied to the rights of the place"); when this occurs, institutions will engage in a process of political competition such that "ambition [will] counteract ambition." So there are two levels to the Madisonian argument: the aggregation of individual interests into institutional behavior, and the aggregation of institutional behavior into a system of mutual checks—a system that is thought to produce socially desirable effects, such as liberty and the prevention of tyranny. Madison's argument, however, is flawed at both levels. We will proceed backward, first supposing that individuals indeed have incentives to promote the power of the institutions they occupy, and then questioning that assumption. First, there is no mechanism that predictably produces optimal checking through the interaction of the branches, in part because future generations are not represented in lawmaking institutions and in part because of problems of collective action among (as opposed to within) branches. Second, as the legal theorist Daryl Levinson has shown, there is no reason to accept Madison's assumption that "the interests of the man" would be aligned with "the rights of the place." Because of collective action problems within Congress (as opposed to among the branches), the interests of individual legislators do not necessarily align with the interests of Congress qua institution."*

POSNER, Eric A.. VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011. Pgs. 19 e 20.

<sup>14</sup> POSNER, Eric A.. VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011. Pg 18.

Além disso, a característica do tempo dá uma perspectiva díspar entre as atuações dos poderes. Em situações de perigo imediato ou em que a velocidade de uma decisão e de um planejamento são tidas como fundamentais para resolver ou minimizar uma crise, o Estado Administrativo se destaca frente ao rito do processo legislativo ou de um procedimento judicial.

Posner e Vermeule<sup>15</sup> destacam a atuação do Poder Executivo, em crises de segurança nacional, no enfrentamento da temática terrorismo, ou de segurança econômica, como aconteceu no ano de 2008 nos EUA, através da análise técnica e atuação imediata do estado administrativo, seguidos, em momento futuro, por práticas Legislativas e Judiciais.

Esse aspecto do imediatismo da atuação presidencial em momentos de crise, através de medidas excepcionalistas e unilaterais já é observada na História Americana. O Presidente dos Estados Unidos, enquanto *Commander in Chief* das unidades militares, deverá proteger a soberania e integralidade do território norte americano, valendo-se de decisões (unilaterais) independente de aprovação prévia do Congresso. Um ato de agressão, de guerra, nada mais é que um momento de crise, e somente o poder executivo (o estado administrativo se inclui) tem as características de imediatismo, volume de meios necessários para dar uma solução de pronta resposta, seguido, num posterior momento pelos demais poderes.

Essa característica e capacidade fundamental do Estado Administrativo, de dar uma solução imediata à uma excepcionalidade, à uma crise, em relação ao tempo de resposta dos demais poderes, seja nos diversos níveis como economia, segurança pública, transportes etc, faz com que a visão de Carl Schmitt da tomada de decisões excepcionais seja abordada e desenvolvida por Posner e Vermeule<sup>16</sup>, com exemplos fáticos de hiatos de “*rule of law*” criados e desenvolvidos para o enfrentamento de crises.

Trazendo para o cenário brasileiro, Gustavo Binimbojm<sup>17</sup> vislumbra também este cenário de tensão entre o Estado Administrativo, na qualidade de regulamentador, e o “Estado

---

<sup>15</sup> POSNER, Eric A.. VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011. Pg 19.

<sup>16</sup> POSNER, Eric A.. VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011. Pgs 90-94.

<sup>17</sup> "Os principais focos de tensão gerados pela estrutura regulatória brasileira, e que reclamam maior aprofundamento em busca de soluções, são os seguintes: (I) a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese de deslegalização e da banalização da edição de atos normativos; (II) a tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade dos 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 investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos."

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização - 2ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pgs 273 e 274.



Democrático de Direito”, visão clássica da separação dos poderes, ao analisar a prática das Agências Reguladoras nacionais.

Além da questão da crítica no tocante à separação dos poderes, com relação à inexistência expressa do “Estado Administrativo” em si no corpo originário Constitucional, pode esta crítica ser respondida através da visão de que a Constituição não é uma carta política fechada, saturada, que como num livro histórico, apresenta os posicionamentos consolidados e perfeitos oriundos de acordos políticos amarrados no momento do Constituinte Originário, sem ou com poucas perspectivas de embates e conflitos políticos presentes ou futuros, deve ser afastada pois se demonstrara insuficiente.

O texto constitucional é um retrato das amarrações e cenário político à época de sua promulgação, que possui sim um viés de futuro, mas com “olhos do passado”.

O ambiente Constitucional é um cenário de embates, trocas e conflitos político-jurídicos entre diversos atores que têm no corpo Constitucional o instrumento de gerenciamento desses confrontos e a fundamentação e inspiração para superação de crises, excepcionalidades e construção de soluções para os riscos que surgirem.

Adrian Vermeule afirma que para se entender a lógica Constitucional<sup>18</sup>, deve-se inicialmente entender que a Constituição é um “sistema de sistemas”<sup>19</sup>, ou seja, que a Constituição é um maquinário complexo, cheio de engrenagens que funcionam e interagem para seu funcionamento buscando um equilíbrio.

Esses acordos acontecem no nível indivíduo-instituição, bem como no nível instituição-instituição, causando efeitos sistêmicos na esfera política e jurídica de determinado País.

---

<sup>18</sup> *"What do constitutions do? Legal and political theory offer several answers. Constitutions create and empower government by coordinating expectations and thereby creating institutions of lawmaking; constitutions tie the hands of majorities in ways that protect majorities from their own predictable excesses and pathologies; constitutions protect the right of discrete and insular minorities; constitutions further moral principles of equality, freedom, and human dignity; and, most generally, constitutions "design democracy". None of these answers are wrong, exactly. The problem is to determine whether and how they fit together. Each of the answers identifies a value or good promoted by constitutionalism, but those good may work at cross purposes to one another and, under certain conditions, trade off against one another. Empowering popular control through a coordinated set of lawmaking institutions creates a risk of majoritarian oppression; in turn, creating a set of insulated institutions, such as courts, to protect the rights of minorities risks undermining democracy and political equality; and soon. In these cases, the tensions between and among the values of constitutionalism are best understood not as contradictions, but as competing risks and tradeoffs. Our problem is not that we have no good theories of constitutionalism, but that we have too many, with too little understanding of how the plural aims and values of constitutionalism relate to one another under the conditions of uncertainty that bedevil constitutional rulemaking. None of the stock theories of constitutionalism provides an overarching analytic framework for addressing risk-saturated tradeoffs among constitutional goods. In that follows, I attempt to provide such a framework. I claim that constitutions, and public law generally, are best understood as devices for regulating and managing political risks."*

VERMEULE, Adrian, *The Constitution of Risk*. Nova Iorque: Cambridge - 2013. Pgs 1 e 2.

<sup>19</sup> VERMEULE, Adrian, *The System of Constitution*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011. Pg 03.

Esses acordos atingem ponto maturação e equilíbrio, não pelo alcançar do melhor resultado imaginando-se todas as possibilidades existentes de respostas e dominando-se conhecimento pleno e técnico necessário para tal, mas ao se consolidar o chamado “*second best*”<sup>20</sup>.

A outra premissa que deve-se levar em conta, para responder a crítica da falta de previsão constitucional do Estado Administrativo, é com relação à crise do normativismo jurídico como elemento por si só garantidor das relações jurídico-sociais, pois a existência de mecanismos textuais (leis, ou até o próprio Texto Constitucional) com relação a garantia de um direito ou imposição de uma sanção ou dever é insuficiente para garantir a sua concretude no plano fático dos mesmos, seja por incapacidades institucionais frente à desafios legais onde não existem estruturas, mecanismos e recursos institucionais satisfatórios, seja pela pluralidade interpretativa díspar da legislação pelas instituições<sup>21</sup>, gerando hiatos e inseguranças de agir e não agir.

Se observará a seguir que a questão dos comportamentos, diálogos e capacidades institucionais servirão de máxima valia na análise de fenômenos políticos-jurídicos, bem como na apreciação de respostas à demandas e crises que surjam.

Assim como nas pessoas naturais, nas Instituições podem ser observadas características próprias (mutáveis ou não em relação ao tempo) de agir e não agir, de se portar e da qualidade e fundamentação de eventual resposta a uma demanda, uma parametrização comportamental.

---

<sup>20</sup> *"The possibility of offsetting cycles in legislatures and courts, or in two branches of a legislature, exemplifies a larger phenomenon with close analytic connections to the logic of system effects: the general theory of second best. The theory holds that where it is not possible to satisfy all the conditions necessary for an economic system to reach an overall optimum, it is not generally desirable to satisfy as many of those conditions as possible. Rather, the failure to satisfy optimality conditions on one variable means that other variables must take on suboptimal values as well, in order to compensate for the initial failure. The idea can apply to a part or sector of the economic system as well as to the whole. (...) The second best in politics and law. Originally developed in economics, the general theory of second best generalizes easily to any legal or political theory of second best generalizes easily to any legal or political theory that takes the consequences of legal structures or policy choices into account."*

Idem. Pgs 29 e 30.

<sup>21</sup> Adrian Vermeule apresenta o desafio que é a questão da teoria da interpretação no meio jurídico com o embate histórico no *Common Law* entre William Blackstone e Jeremy Bentham, destacando a alternativa viável dada por Blackstone ao afirmar que: *"All this said, the end of Blackstone's discussion offers an incisive after thought that, although barely sketched, anticipates the role of second-best considerations in interpretative theory: "[L]aw, without equity, tho' hard and disagreeable, is much more desirable for the public good, than equity without law; which would make every judge a legislator, and introduce most infinite confusion [by producing] as many different rules of action laid down in our courts, as there are differences of capacity and sentiment in the human mind."*

VERMEULE, Adrian, *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Harvard University Press. 2006. Pg. 20

A caracterização e construção de um comportamento institucional desenvolve-se de acordo com o somatório das ações e reações internas de determinada Instituição (na perspectiva que agentes interferem positivamente ou negativamente na construção de uma característica comportamental, mesmo que por ações pontuais), bem como, no diálogo desta instituição com as demais no desempenho de suas funções e atribuições.

Ora, a construção histórica de uma “tradição” de um agir ou não de não agir (que também é uma decisão) de determinada Instituição frente a uma demanda que lhe é imputável ou fato social, pode-se prever que eventos futuros semelhantes a aquele serão tratados com a mesma resposta, seja nos graus quantitativos e qualitativos, à menos que haja um elemento de anomia, interno ou externo à esta instituição, que possa vir a interferir nesta previsibilidade.

Durante o trato de demandas, é comum que determinada Instituição ou Poder necessite apresentar sua resposta, o resultado de sua atuação institucional frente a determinada situação ou demanda, a outra Instituição ou Poder.

Além disso, os mecanismos constitucionais revisionais e de controle de poder criam “pontes de comunicação” entre as mais diversas instituições. Essas “pontes de comunicação” não estão atreladas somente ao fluxo de informações, mas na possibilidade de análise interpretativa, sob um manto legal ou constitucional, da atuação ou não da instituição, e revisionalidade ou substitutividade desta atuação por nova atuação desta outra Instituição/Poder. Estas “pontes” são meios de mão dupla, onde a ação de determinado pode repercutir com uma reação de outro, e vice-versa. A esta “ponte” se constituiu chamar de “diálogo”.

Os diálogos institucionais, inicialmente<sup>22</sup> atrelados na comunicabilidade e inferência do Poder Judiciário, através do mecanismo do *judicial review* na atuação dos

---

<sup>22</sup> "In recent years, "dialogue" has become an increasingly ubiquitous metaphor within constitutional theory. It is most commonly used to describe the nature of interactions between courts and the political branches of government in the area of constitutional decision-making, particularly in relation to the interpretation of constitutional rights. Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors.

Theories of constitutional dialogue have proliferated in recent times because of the potential that many see in them to resolve the democratic legitimacy concerns associated with judicial review. Within constitutional theory, contemporary scholars have tended to fixate upon finding an objective theory of interpretation that provides an appropriate methodology for judges to follow when interpreting constitutional provisions in order to enhance their legitimacy. Theories of constitutional dialogue offer an alternative way of filling the legitimacy lacuna, because if the political branches of government and the people are able to respond to judicial decisions in a dialogic fashion, the force of the countermajoritarian difficulty is overcome, or at the very least, greatly attenuated. Of particular interest, many theories claim that dialogue between the judiciary and other constitutional actors is a structural feature of the United States constitutional system. This would appear to alleviate much of the anxiety about judicial review that is expressed by popular constitutionalists, who call for a

demais Poderes quanto à interpretação constitucional de direitos, se desenvolvem, de acordo com o grau de sofisticação e deferência de determinada Instituição/Poder para com a atuação do outro, não somente através de um revisionismo judicial.

Neste sentido, deve-se retornar à ideia de que a separação dos poderes é um mecanismo fundamental mas não um fim em si mesmo, não pode ser considerado um preceito incondicional, é o que Adrian Vermeule<sup>23</sup> defende em sua obra *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*.

A premissa legitimatória para a dogmática da separação dos poderes é a tentativa de se evitar o chamado “abuso de poder”. Vermeule<sup>24</sup> afirma que existem três motivos que inviabilizariam o norte jurídico irrestrito da eliminação do “abuso de poder”: primeiramente, no estado administrativo moderno, seria o elevado custo financeiro para se buscar reduzir possíveis de poder de órgãos governamentais; além disso, grande parte desses abusos não acontecem exclusivamente por parte de órgão públicos, mas na tratativa desde com instituições particulares contratadas com um fim, ou seja, não pelo órgão público, mas por um ente privado. Como realizar o controle de abuso de poder (utilizando-se da teoria da separação dos poderes) numa instituição privada? Por fim, como conciliar a lógica da separação dos poderes do século 18 com o evoluído grau de burocratização do Estado?

A sua resposta<sup>25</sup> é de que obstáculos justificariam o esvaziamento da busca irrestrita da separação dos poderes como meio de prevenção de abuso de poder, ainda que a principal razão para a evolução do Estado Administrativo moderno foi sua capacidade de lidar com a crescente velocidade de mudanças do cenário político, principalmente o atrelado à economia, perspectiva em muito diferente daquela onde a separação clássica dos poderes fora concebida.

Para Vermeule a questão da deferência no trato das agências reguladoras com o Poder Judiciário é real e possui o seu foco não na matéria especializada, mas na observância

---

*reassertion of the American historical tradition of the involvement of the People in constitutional interpretation. Dialogue theorists, in contrast, assert that this involvement already occurs."*

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue* - Nova Iorque: *New Your University Public Law and Legal Theory Working Papers n° 05-24*; 2005. Pgs. 1 e 2.

<sup>23</sup> "My thesis in this chapter is that the classical arguments do not survive the abnegation of the law. A critical part of law's self-effacement has been to jettison the classical constitutional ideal in the regard, as in others. The law has decided, for good internal legal reasons, that the separation of powers as an inviolable command, whatever sacrifices required to respect it, even if those sacrifices worked to the overall detriment of law itself."  
VERMEULE, Adrian, **Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State** – Cambridge: Harvard University Press. 2016. Pg. 56.

<sup>24</sup> VERMEULE, Adrian, **Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State** – Cambridge: Harvard University Press. 2016. Pg. 59.

<sup>25</sup> VERMEULE, Adrian, **Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State** – Cambridge: Harvard University Press. 2016. Pg. 59.

ou não da clausura constitucional do devido processo<sup>26</sup>, ou seja, na observância se a conduta pretérita regulamentada pela agência fora a adotada no caso. Não haveria a análise nem ponderação administrativa sobre a motivação, as razões da regulamentação em si.

A perspectiva da separação dos poderes não deve ser observada somente com o viés negativista de retificação de determinada prática institucional ou de um Poder, mas também pode ser observada, como mecanismo positivo, legitimador através da ratificação - o “depositar de confiança” pelo poder observador – de que os instrumentos e capacidades para resolver uma demanda estão de acordo com o desenho constitucional/legal de determinada Instituição/Poder.

Perpassando a questão dos diálogos institucionais, a temática das capacidades institucionais possui relevância singular para a significação da relevância trazida pelo Estado Administrativo.

Fala em capacidade institucional é falar numa construção político-normativa de determinada instituição, desenhada para determinado fim social, a qual lhe é disponibilizada mecanismos, instrumentos e aptidões normativas que venha a suprir suas necessidades para cumprir suas obrigações institucionais, gerando a atuação desta no cenário jurídico social, reverberando efeitos dinâmicos<sup>27</sup> nos complexos sistemas sociais.

## 5. CONCLUSÕES

Não há dúvida que as capacidades institucionais caminham com quesitações fora das técnicas normativas, como o aporte de recursos financeiros, de mão de obra especializada etc. para o cumprimento de sua missão institucional.

O fato é que, no caso do sistema Nacional de Trânsito, o legislador ordinário criou uma estruturação própria, envolvendo os três níveis da Federação, com elemento normatizador central capaz de desenvolver normatizações técnicas, com grau de observância obrigatória por todos órgãos fiscalizadores do SNT, e equipou-o com instrumentos para o

---

<sup>26</sup> *"That judicial posture of deference is exactly right, or so I wil argue. Rather than decide for themselves "what process is due", courts should ask only whether the agency offered a rational justification for providing whatever process it did choose to provide. Although courts should continue to apply the reigning Mathews calculus, according to which process that is due is a function of the (marginal) risks and costs of error and of procedural safeguards, courts should not independently assess what the Mathews calculus requires in the circumstances. Rather they sould defer to reasonable agency decisions about the design of procedural arrangements, reviewing the agency's choices for arbitrariness, but not correctness."*

VERMEULE, Adrian, **Law's Abnegation**: From Law's Empire to the Administrative State – Cambridge: Harvard University Press. 2016. Pg. 89.

<sup>27</sup> BOLONHA, C.; BONIZZATO, L.; MAIA, F (Coord.) **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.Pg. 567.

desenvolvimento de suas atribuições, dando-lhe a capacidade de imediata interferência no contexto social através de seus mecanismos normativos, mais especificamente suas resoluções, que possuem caráter vinculante para todos os membros do SNT, podendo ser uma resposta imediata a eventual anomia no tocante à temática do trânsito, sem ter que aguardar o rito próprio de normatização do Poder Legislativo.

Se a exemplificação oriunda das agências reguladoras são as primeiras hipóteses fáticas da atuação do Estado Administrativo no Brasil, pode-se observar fortes características do mesmo no Sistema Nacional de Trânsito, onde somatizado com a característica brasileira de um federalismo centralizador, ou unitário, cria-se um cenário de aglutinação de todos os níveis federais, com temática especializada, e mecanismos legiferantes e revisionais de e para a sua atuação.

## 6. BIBLIOGRAFIA

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue* - Nova Iorque: *New Your University Public Law and Legal Theory Working Papers n° 05-24*; 2005.

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

BOLONHA, C.; BONIZZATO, L.; MAIA, F (Coord.) **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016. Pg. 567.

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

MADISON, James. *The Federalist Papers: N° 47*.

POSNER, Eric A.. VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011.

ROSENBLOOM, David H.. MCCURDY, Howard E.. *Revisiting Waldo's Administrative State: constancy and change in public administration*. Washington D.C: Georgetown University Press - 2006.

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

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

VERMEULE, Adrian, *The Constitution of Risk*. Nova Iorque: Cambridge - 2013.

VERMEULE, Adrian, *The System of Constitution*. Nova Iorque: Oxford University Press - 2011.

WALDO, Dwight. *The Administrative State: A study of the political theory of american public administration*. Nova Iorque: The Ronald Press Company, 1948.