

Quem tem medo da delegação legislativa?* **

Who's afraid of the delegation of legislative powers?

*Jean-Paul Veiga da Rocha****

RESUMO

A delegação legislativa do Congresso para órgãos do Executivo sempre foi central na modernização do capitalismo brasileiro. Entretanto, sempre houve uma grande divergência a respeito do aumento de poder desses entes não majoritários. Depois de anos de governo autoritário, a doutrina que sustenta ser vedada a delegação ganhou força com a nova Constituição democrática de 1988. O direito público brasileiro experimentou uma enorme transformação com a Reforma do Estado dos anos 1990, que realizou privatizações e criou agências reguladoras. Esse novo ciclo de modernização mais uma vez radicalizou a tensão entre uma concepção

* Artigo recebido em 26 de janeiro de 2015 e aprovado em 5 de maio de 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60765>.

** Sou muito grato a Diogo R. Coutinho, Helena Campos Refosco, Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hubner Mendes pela leitura rigorosa e crítica, e a Guilherme Lance Veiga da Rocha, pela cuidadosa revisão do texto. Também agradeço aos dois pareceristas anônimos da RDA por suas sugestões e críticas. Os equívocos que forem encontrados são, obviamente, exclusivamente meus. À FAPESP sou imensamente grato pelo inestimável apoio financeiro sem o qual essas reflexões não teriam se concretizado.

*** Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: jpr@usp.br. Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, doutor em direito (USP), diplomado pelo Programa de Formação de Quadros Profissionais do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap), *ex-visiting scholar*/Yale Law School, *ex-visiting fellow* (pós-doutorado)/London School of Economics and Political Science (LSE).

liberal de separação dos poderes e o agigantamento da burocracia que cuida da regulação econômica e social. Mas nada disso é novo. A chave para a compreensão desse importante debate brasileiro pode ser encontrada no debate análogo em torno da Constituição de 1946. Revisitar esse debate pode nos despertar a perplexidade de constatar que 1988, nesse aspecto, repetiu 1946.

PALAVRAS-CHAVE

Delegação legislativa — regulação — separação dos poderes — Indipo/FGV — Victor Nunes Leal

ABSTRACT

The delegation by the legislature of some of its law making authority to administrative agencies has always been central to the modernization of Brazilian capitalism. There has always been, nevertheless, broad disagreement over this empowerment of non-majoritarian institutions. After years of authoritarian rule, the non-delegation doctrine became stronger with the new democratic Constitution of 1988. Brazilian Public Law suffered a dramatic change in the 1990s, when a State Reform programme implemented privatization and created independent regulatory agencies. This new modernization cycle once more radicalized the tension between a liberal conception of separation of powers and the increasing regulatory law. But this is not a new issue. Some important findings about this contemporary legal dilemma may be best captured by means of an analogous debate on the Constitution of 1946. We may be surprised to learn that 1988 has reproduced 1946's dilemmas.

KEYWORDS

Brazilian non-delegation doctrine — regulation — separation of powers — Indipo/FGV — Victor Nunes Leal

1. O problema

Em meio aos desdobramentos jurídicos da reforma do Estado dos anos 1990, que introduziu no repertório institucional brasileiro as *agências reguladoras*, seu poder normativo tornou-se objeto de intenso debate. Cada

uma das agências criadas foi dotada de inúmeras competências para regular seu setor específico. A dimensão mais visível desses poderes é a de fiscalização da qualidade dos serviços públicos, de defesa do consumidor e aplicação de sanções pelo descumprimento de regras. Entretanto, o debate jurídico entre os especialistas concentrou-se no *poder normativo* das agências, ou seja, em sua competência para editar normas jurídicas.¹

Essa nova fase da atuação do Estado sobre a economia na jovem democracia brasileira, que trocou a atuação estatal empresarial direta pela privatização acompanhada de regulação, deixou perplexa a doutrina jurídica tradicional, fortemente apegada a postulados do constitucionalismo clássico. O princípio da *separação dos poderes*, elevado à condição de verdadeiro mito do Estado de direito, serve de couraça a um pensamento jurídico-político que reluta em aceitar a constitucionalidade das normas editadas por órgãos do Poder Executivo, especialmente as agências reguladoras. Essa verdadeira inflação normativa termina por colocar em xeque o consagrado princípio da separação dos poderes, atribuído a Montesquieu.

Um importante exemplo dessa atribuição de poder normativo pode ser encontrado no setor de telecomunicações e internet. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei nº 9.472/1997) criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), conferindo-lhe poderes normativos sobre uma impressionante quantidade de matérias (art. 19), tais como:

- (i) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
- (ii) administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
- (iii) expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;
- (iv) expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
- (v) expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;
- (vi) aprovar o seu regimento interno.

¹ Um exemplo da profusão de textos publicados sobre esse debate pode ser encontrado na coletânea ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

No artigo sobre a “nova separação dos poderes”, o professor de direito constitucional de Yale, Bruce Ackerman, afirmou: “reguladores criam direito, e nós não gostaríamos que fosse diferente”.² Essa afirmação não seria de forma alguma aceita por uma parte significativa da comunidade jurídica brasileira. Entre nós, no debate jurídico-político sobre os poderes da burocracia reguladora, sempre exerceu grande influência a doutrina que nega ao regulamento toda e qualquer possibilidade de criar restrições à liberdade e à propriedade que já não estejam previamente delineadas em alguma lei. Assim, o regulamento, tido como fonte secundária do direito, não poderia criar obrigações de fazer ou não fazer. Somente a lei, fonte primária do direito, poderia fazê-lo. A versão mais radical dessa doutrina, de forte caráter liberal, vai ainda mais além e chega a sustentar que os atos normativos emanados dos órgãos reguladores têm, na nova ordem constitucional brasileira, um caráter meramente infraregulamentar, já que o regulamento propriamente dito só poderia ser editado pelo presidente da República e pelos ministros de Estado.

Diante desse quadro que se formou no debate jurídico brasileiro, é possível vislumbrar pelo menos três grandes tendências em nosso direito público.

A primeira delas consiste em negar de forma radical tanto a delegação legislativa como a possibilidade de o regulamento inovar substancialmente a ordem jurídica. A regra da indelegabilidade legislativa, juntamente com a concepção estrita do poder regulamentar, faz com que o caráter inovador das normas editadas pelos órgãos reguladores não seja aceito por parte importante dos formadores de opinião da comunidade jurídica.

A segunda tendência é a de tentar reformular categorias e pautas interpretativas, assumindo a premissa de que a complexidade técnica das atribuições da burocracia exige que lhe seja conferido um poder normativo ágil e flexível, em nome de uma atuação estatal sistêmica eficiente ou de objetivos mais amplos e profundos, como a efetivação dos direitos sociais e econômicos. Em suas diferentes versões, termina por realizar exercícios hermenêuticos supostamente inovadores — ora reconhecendo a delegação, ora aceitando um poder regulamentar mais extenso e profundo — para racionalizar o inevitável: o aumento quantitativo e qualitativo das normas produzidas pelo aparato administrativo. Parece um tanto constrangida, entretanto, em desenvolver até as últimas consequências os seus argumentos, o que a leva a incorrer em inconsistências e contradições.

² ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 695, 2000.

Uma terceira tendência — aqui denominada, provisoriamente, de *realista* —, protagonizada por juristas práticos e teóricos de diferentes formações, consiste em reconhecer e explorar (i) as contradições entre os cânones jurídico-políticos herdados da tradição liberal e as demandas do capitalismo regulado; e (ii) a tensão entre o desejo de controlar a burocracia reguladora e a necessidade sistêmica de lhe delegar poder legislativo.

O que pode surpreender alguns é que os realistas do passado têm muito mais a nos ensinar do que imaginamos. A ambição deste trabalho é descrever e contrastar as três grandes tendências, revisitando esse antigo debate, para, ao final, sugerir uma agenda de pesquisa e de intervenção para a reconstrução dos cânones do direito público brasileiro.

2. A delegação reprimida

A experiência constitucional republicana brasileira — com exceção dos períodos autoritários — é marcada pela vedação da delegação legislativa (implícita ou explícita). A primeira importante tendência no pensamento jurídico brasileiro atual, fiel a essa tradição, tem sido a de reprimir a delegação. Embora a proibição expressa não tenha se repetido na Constituição de 1988, muitos entendem que a regra está implícita.³ Os regulamentos, nessa perspectiva, possuem um papel secundário, que não inova a ordem jurídica. Reconhecem apenas que o Poder Executivo exerce uma função normativa primária — ou seja, inovadora — mediante as medidas provisórias (uma atribuição constitucional direta) e as leis delegadas (única exceção à vedação da delegação legislativa, de acordo com o art. 68).

Em termos esquemáticos, essa doutrina⁴ sustenta o seguinte: (i) segundo o princípio da legalidade, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição, art. 5º, II); (ii) *lei é*, por

³ ATALIBA, Geraldo, Delegação normativa (limites às competências do CMN e do Bacen). *Revista de Direito Público*, v. 98, p. 50-69, 1991.

⁴ Cf., entre vários autores, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*, v. 96, p. 42-50, 1990; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 294 e ss; Ataliba, Delegação normativa (limites às competências do CMN e do Bacen, op. cit.); BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 165-188; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

excelência, lei *em sentido formal*, o resultado do processo legislativo, ou seja, é produzida pelo órgão legislativo — daí a tautologia da definição; (iii) somente a lei *em sentido formal* pode ser lei *em sentido material* — fonte primária, que inova a ordem jurídica, criando obrigações de fazer e não fazer, um preceito genérico e abstrato que impõe restrições inéditas à vida, à liberdade e à propriedade; (iv) *delegata potestas non potest delegari*: a vedação da delegação legislativa como regra geral, embora não esteja escrita na nova Constituição, decorre de sua leitura sistemática e da tradição constitucional brasileira (só não é inconstitucional nas hipóteses expressamente autorizadas pelo texto da Constituição); (v) essa vedação não pode ser burlada com a edição de preceitos de caráter legislativo (lei em sentido material) camuflados sob o rótulo formal de *regulamentos*; (vi) os únicos regulamentos permitidos pela Constituição seriam os de *execução*, ou seja, aqueles que visam à fiel execução da lei, sem a criação de novos direitos ou obrigações; (vii) as regras de transição da Constituição confirmam que ela proíbe a delegação: o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT 25) determinou a revogação de “todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional”, inclusive no que se relaciona a “ação normativa”.

Constrói-se, assim, a interpretação segundo a qual o princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea,⁵ teria, no direito brasileiro, mais rigidez do que em outros países democráticos. Tal posição resultaria do próprio texto da Constituição, que só admitiria a edição de regulamentos para a “fiel execução da lei”.⁶

Essa linhagem do pensamento publicista brasileiro, apesar de portadora das melhores intenções — a preocupação com o risco de hipertrofia autoritária do Poder Executivo —, ignora o alerta de Duguit: ao constatar o irreversível aumento da importância quantitativa e qualitativa do regulamento para a vida social, equiparando-se à lei formal, ele concluiu: “como sempre, os fatos são mais fortes que a constituição”.⁷

Assim, sérios problemas são criados para a ordem democrática e para a própria consistência da dogmática constitucional, pois não faltam exemplos,

⁵ A Constituição proíbe que seja objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos poderes (art. 60, §4º, III).

⁶ “Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.”

⁷ “Comme toujours les faits sont plus forts que les constitutions” (DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1921. p. 88.).

na história das instituições brasileiras, desde o século XIX, da extensão do poder regulamentar e da delegação legislativa.⁸

A doutrina liberal, que exerce enorme influência na cultura jurídica brasileira, é desafiada a todo momento pela profusão de normas jurídicas sem as quais o mercado se desestruturaria e o Estado não teria como intervir no domínio econômico para também perseguir outras finalidades que não a mera reprodução do sistema econômico.⁹

3. As doutrinas do reconhecimento constrangido

3.1 Pluralismo no constrangimento

A segunda tendência do direito público brasileiro reconhece que a velocidade e a *expertise* demandadas pela dinâmica do capitalismo regulado são incompatíveis com o processo legislativo. Ela funda-se na compreensão de que a regulação cotidiana do mercado financeiro e de capitais, da infraestrutura portuária, da energia, da água e do petróleo, entre tantos outros setores, não pode ser feita diretamente pelos deputados e senadores. De alguma forma, as instituições não majoritárias precisam ter seus poderes normativos incrementados — ou mediante a delegação legislativa, ou por meio da ampliação do poder regulamentar. Do ponto de vista dogmático, essa vertente não é homogênea. Ela é desenvolvida por autores isolados que seguem caminhos distintos. Não chega, portanto, a construir uma nova interpretação dominante sobre o poder normativo da burocracia.

Apesar de seu rompimento com o discurso jurídico-político tradicional da separação dos poderes, calcado na leitura vulgar de Montesquieu,¹⁰

⁸ Sobre este ponto, ver os vários exemplos discutidos em SILVA, Carlos Medeiros. O poder regulamentar e sua extensão. *Revista Forense*, v. 130, p. 339-341, 1950; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986; VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

⁹ Para um debate teórico mais profundo sobre este aspecto, a partir do estudo de casos no sistema financeiro, ver VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

¹⁰ Por “leitura vulgar de Montesquieu”, entende-se, aqui, a versão mais difundida na cultura jurídica brasileira de sua doutrina da “separação dos poderes”, segundo a qual cada função estatal (legislar, administrar e julgar) deveria ser atribuída de forma exclusiva a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). No debate brasileiro, uma das críticas mais contundentes a essa leitura de Montesquieu foi desenvolvida por Eros Roberto Grau,

essa tendência tem receio de admitir claramente que há uma transferência gigantesca de poderes legislativos para a burocracia. Tenta, num exercício retórico, amenizar e racionalizar esse fenômeno, que é um reflexo, no fundo, das tensões historicamente desenvolvidas entre capitalismo e democracia.¹¹

3.1.1 A negação formal da delegação (mas que a aceita, na prática)

Um primeiro exemplo desse tipo de reconhecimento da delegação é a construção dogmática que a nega formalmente, enquanto a admite, na prática, por meio da ampliação do poder regulamentar:¹²

A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais.¹³

O caminho adotado por essa construção é reformular o princípio da legalidade, que passa a ser concebido como *reserva de lei em termos relativos*,

que resgatou importantes textos de Charles Eisenmann e Louis Althusser: “O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma *distinção* entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio” (GRAU, Eros. Crítica da “separação dos poderes”: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as leis-medida. In: *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 171). Eros Grau indica, em seguida (p. 171), um dos mais importantes trechos da obra clássica de Montesquieu que mostram a pertinência dessa interpretação: “Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo” (*O espírito das leis*. São Paulo: Victor Civita, 1973. p. 161). Para um aprofundamento dessa interpretação de Montesquieu, ver EISENMANN, Charles. *L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs*. In: *Cahiers de philosophie politique (Montesquieu)*. Bruxelas: Ousia, 1985; ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: la politique et l'histoire*. 7. ed. Paris: Quadrige/PUF, 1992.

¹¹ Grau, Crítica da “separação dos poderes”, op. cit., p. 36 e ss.

¹² Passo a expor aqui a construção doutrinária desenvolvida em *ibid.*, p. 167-190.

¹³ *Ibid.*, p. 173.

ou *reserva da norma*.¹⁴ Adota o conceito de norma jurídica como um preceito abstrato, genérico e inovador da ordem jurídica, que se impõe por força própria, autônoma.¹⁵ Essa primariedade da norma não se confunde com a originariedade, o que significa que não deixa de ser primário um preceito que integra um ordenamento derivado ou um preceito que seja emanado com fundamento em uma atribuição de poder normativo conferida a órgão que ordinariamente não o detenha.¹⁶ O regulamento, portanto, é concebido como uma estatuição primária, mesmo que não emanado de poder originário. Os regulamentos são preceitos derivados porque se fundam numa atribuição de poder normativo contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei (lei em sentido formal). Para essa corrente, o exercício da função regulamentar pelo Executivo *não decorre, portanto, de uma delegação de função legislativa*, nem do poder discricionário da administração. Seu fundamento é a atribuição de potestade normativa material.

A função estatal normativa é gênero do qual a função legislativa, que tem como titular o Poder Legislativo, é espécie, pois o Executivo e o Judiciário também exercem espécies de função normativa: funções regulamentar e regimental, respectivamente.¹⁷ Em contraposição a uma classificação orgânica das funções estatais, que abrange a função legislativa, a executiva e a jurisdicional, essa doutrina adota uma classificação material: (i) função normativa — e não legislativa: produção de normas jurídicas; (ii) função administrativa: execução de normas jurídicas; (iii) função jurisdicional: aplicação das normas jurídicas.

A distinção entre lei e norma confere ao princípio da legalidade uma dupla dimensão. Não há somente a reserva da lei, mas também a reserva *da norma* (que pode ser legal, regulamentar ou regimental). A legalidade absoluta é historicamente consagrada em relação (i) à liberdade do indivíduo — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal,¹⁸ (ii) à limitação ao poder de tributar do Estado — é vedado ao Estado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;¹⁹ (iii) e à liberdade de indústria e comércio — é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade

¹⁴ Ibid., p. 184.

¹⁵ Ibid., p. 178.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., p. 180-181.

¹⁸ CF art. 5º, XXXIX.

¹⁹ CF art. 150, I.

econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.²⁰

Em todos esses casos, a Constituição se refere à lei em sentido formal, o que não acontece no texto do art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” — trata-se, aqui, de um princípio relativo: o que ele estipula é uma reserva da lei em sentido amplo, a reserva da norma, o que não impede a atribuição implícita ou explícita ao Executivo para, no exercício de função normativa (regulamentar), inovar a ordem jurídica.

Nessa linha de argumentação, Eros Roberto Grau afirma ser possível reconstruir a classificação dos regulamentos no Brasil da seguinte forma:²¹ (i) regulamentos de execução: visam à fiel execução da lei; (ii) regulamentos autorizados — e não delegados: não decorrem de delegação, mas sim de simples autorização explícita que o Legislativo concede para o exercício de função regulamentar *da qual o Executivo já é titular*; (iii) regulamentos autônomos: decorrem de atribuição implícita — se a Constituição estabelece fins, os meios são presumidos.²² O poder normativo dos órgãos reguladores em geral no Brasil produz regulamentos do segundo tipo, segundo essa doutrina. Em síntese, o caminho por esta percorrido é muito claro: *rejeitar veementemente a delegação*, ao mesmo tempo que aceita o poder normativo com base na ampliação do poder regulamentar.

3.1.2 *Mutação constitucional*

Um segundo exemplo de reconhecimento doutrinário mitigado ou constringido da regulação parte da constatação de que o princípio da legalidade teria passado no Brasil durante a Reforma do Estado dos anos 1990 por um processo de *mutação constitucional*,²³ o que exigiria o entendimento da

²⁰ CF art. 170, parágrafo único.

²¹ Grau, Crítica da “separação dos poderes”, op. cit., p. 189.

²² Tome-se como exemplo o art. 21, XII, da Constituição, que permite à União conceder serviços públicos. Embora não haja atribuição explícita de poder regulamentar, ele é indispensável para que se criem regras sobre a exploração desses serviços (Grau, Crítica da “separação dos poderes”, op. cit., p. 188).

²³ Passo a resumir, aqui, a argumentação desenvolvida em FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 35, p. 143-158, 2000. Ver também FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Agências reguladoras: delegação de poderes e constitucionalidade. In: *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007. p. 481-499.

legalidade numa dupla perspectiva: (i) legalidade condicional (de bloqueio); (ii) legalidade legitimadora (legitimação de objetivos).²⁴ A distinção entre lei como estrutura condicional e lei como estrutura finalística seria uma forma de pensar a validade normativa incorporando a relação meio/fim. No primeiro caso, considera-se que “uma norma valida outra, condicionalmente, se preestabelece condições que devem ser respeitadas e nestas condições localiza a validade da norma subsequente, independentemente de os fins normativos serem ou não atingidos”.²⁵ Já a validação finalística exige a solidariedade entre fins preestabelecidos vinculantes e meios adequados, daqueles primeiros dependentes. É ao identificar no texto legal essas duas formas de validação que o intérprete pode trazer à luz o novo sentido do princípio da legalidade.²⁶

Essa construção permite desenvolver a legalidade legitimadora não como limite, mas como um instrumento de exercício da atividade administrativa, que deve ser avaliada de acordo com sua eficiência. Isso exige uma compreensão da discricionariedade que extrapole o mero juízo de oportunidade, passando a envolver um *juízo de realidade*, ou seja, a “avaliação de políticas de implementação de objetivos, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos”.²⁷

É difícil compreender como essa vertente doutrinária, ao mesmo tempo que sustenta a hipótese de *mutação*, precisa recorrer à Emenda Constitucional nº 19 (de 4/6/1998), que introduziu expressamente o princípio da *eficiência* no art. 37 da Constituição,²⁸ o que teria criado as bases para a *delegação instrumental*.²⁹ O argumento é de que, sendo um princípio *fim*, que impõe resultados, e não um princípio *meio*, que impõe limites, a eficiência permite ler de forma mais ampla o art. 174 da Constituição,³⁰ que se refere ao Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, reforçando a tese de que é válida a delegação de poder às agências sem que se viole o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, contido no art. 25 do ADCT.³¹

²⁴ Ferraz Jr., *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*, op. cit., p. 152 e ss.

²⁵ *Ibid.*, p. 153.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, p. 154.

²⁸ “Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

²⁹ Ferraz Jr., *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*, op. cit., p. 150.

³⁰ “Art. 174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado [...]”

³¹ Ferraz Jr., *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*, op. cit., p. 150.

Diante da complexidade das matérias e relações a serem reguladas, a exigir, do Estado regulador, uma crescente especialização técnica, “é impossível exigir-se *eficiência* da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes”.³² Se o Estado regulador é responsável pela consecução de resultados, pela relação solidária de meios e fins, pelo êxito de sua ação, ele não pode executar sua tarefa sem a delegação instrumental — uma forma de delegação criada no direito brasileiro a partir da introdução do princípio da eficiência no texto constitucional.³³

Essa vertente doutrinária parte da premissa da necessária associação entre o fundamento do poder normativo dos órgãos reguladores e a sua independência — a delegação da independência leva consigo a delegação da competência normativa.³⁴ Sem esta última, a eficiência da agência reguladora estaria comprometida pela falta de instrumento adequado para atingir seus objetivos.

3.2 *As contradições do constrangimento*

Os dois exemplos de construções doutrinárias aqui resumidos não esgotam o rol de possibilidades de caminhos interpretativos, mas demonstram a busca de alternativas para a fundamentação e o controle do poder normativo dos órgãos reguladores. A primeira, pela ampliação do poder regulamentar; a segunda, pela delegação legislativa instrumental. Entretanto, ambas carregam em si importantes confusões e contradições, frustrando seu potencial de rebeldia contra o pensamento conservador.

Por um lado, negar com veemência a delegação, mas defender ao mesmo tempo a ampliação do poder regulamentar, é contradição já diagnosticada há cerca de 70 anos por Victor Nunes Leal: “o regulamento, dado o seu papel de texto complementar da lei, envolve sempre a ideia de lacuna legislativa, o que equivale a dizer que contém sempre algum resíduo legislativo, uma certa medida de autoridade delegada”.³⁵

³² Ibid., p. 151.

³³ Ibid., p. 154.

³⁴ Ferraz Jr., *Agências reguladoras: delegação de poderes e constitucionalidade*, op. cit., p. 484.

³⁵ LEAL, Victor Nunes. *Delegações legislativas*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 378-390, 1946, p. 385.

Por outro lado, caracterizar a delegação instrumental como decorrente de mutação constitucional e, ao mesmo tempo, como um resultado da Emenda Constitucional 19/98 (que introduziu formalmente o princípio da eficiência da administração pública), é contradição ainda mais evidente, já que a ideia de mutação implica a mudança informal, ou seja, sem alteração do texto constitucional.³⁶ Além disto, essa vertente doutrinária parece supor que o problema do poder normativo no Brasil surgiu somente após a criação das agências reguladoras a partir da Reforma do Estado implementada pelo governo de Fernando Henrique Cardoso. Ao derivar a delegação instrumental da independência das agências, ignora todo o debate existente sobre órgãos reguladores que não são independentes — como o importante Conselho Monetário Nacional —, assim como toda a experiência constitucional brasileira anterior.

A origem dessas confusões e contradições em ambas as vertentes pode ser comum: a relutância em reconhecer, de uma vez por todas, que a delegação legislativa sempre foi e continua sendo amplamente praticada entre nós:

É curioso notar como é diferente a sensibilidade de norte-americanos e brasileiros à fórmula linguística “delegação do poder de legislar”. Os norte-americanos a usam tranquilamente para designar a opção, feita pelo Legislativo, de autorizar a Administração a editar normas, a partir de certos parâmetros. Mas os brasileiros, mesmo quando acham viável o legislador fazer o que os norte-americanos descrevem como delegação, em geral ressaltam não se tratar de delegação, que seria inconstitucional (por isso também costumam recusar “regulamentos delegados”). No fundo, estão todos falando de coisas semelhantes, pois os norte-americanos também exigem um mínimo de regulação legal, vedando a delegação total.³⁷

A essa arguta observação, poder-se-ia acrescentar: mesmo a doutrina que aceita, constrangida, a delegação, o faz de forma confusa e contraditória, ao tentar elaborar uma justificativa complicada para algo muito simples: a

³⁶ Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. Uma das modalidades de mutação, a originada dos costumes, é exemplificada com o tema da delegação legislativa, a partir do caso suíço (Ibid., p. 204.).

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Administrar é criar? In: *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 265.

despeito de nossas constituições escritas e de seus intérpretes mais conservadores, a delegação se impôs pela práxis política e constitucional. Como se verá a seguir, isso ocorre não somente há poucos anos, mas há décadas, como já discutiam, com enorme simplicidade e clareza, grandes protagonistas do direito público brasileiro.

4. A delegação reconhecida: Victor Nunes Leal e o Indipo (FGV-RJ)

4.1 *Uma querela centenária*

Pimenta Bueno, na obra clássica em que fazia, ao mesmo tempo, a análise e a apologia da Constituição do Império, não deixou de comentar o §12 do art. 102 da Constituição de 1824, segundo o qual era atribuição do Poder Executivo “expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis”. Ele argumentava que o governo não poderia usurpar o poder legislativo, falseando a divisão dos poderes. O regulamento não poderia, portanto, (i) criar direitos ou obrigações novas, não estabelecidos pela lei; (ii) ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações; (iii) ordenar ou proibir o que a lei não ordena ou não proíbe; (iv) suprir lacunas da lei; (v) facultar ou proibir diversamente do que a lei estabelece; e (vi) extinguir ou anular direitos e obrigações.³⁸ Na sua formulação, os regulamentos “são atos, não de legislação, mas de pura execução, e dominados pela lei”, não podendo contrariar o texto nem as deduções lógicas da lei.³⁹ Essa concepção do poder regulamentar, ainda hegemônica mais de século e meio depois no Brasil contemporâneo, sempre foi objeto de importantes debates.⁴⁰

O tom enfático da afirmação do ministro Castro Nunes (STF) em 1951 expressava o dilema enfrentado pelos intérpretes, diante da vedação expressa da delegação pela Constituição de 1946. Ele sustentava, aludindo à experiência norte-americana, que teria sido melhor que o texto constitucional tivesse sido

³⁸ Cf. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1957. p. 230-235. [originalmente publicado em 1857].

³⁹ *Ibid.*, p. 324.

⁴⁰ Para um panorama desse debate, com importantes informações sobre as posições de seus personagens, ver FORTES, Bonifácio. Delegação legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 62, p. 353-387, 1960.

omisso a respeito, o que daria aos juízes — a ele, inclusive — uma maior flexibilidade nas decisões. Desse modo, o Judiciário poderia interpretar a separação dos poderes de acordo com as “necessidades práticas”, evitando “a contradição manifesta e chocante entre as práticas admitidas e o texto constitucional, no seu enunciado literal”.⁴¹

De fato, três anos antes, Castro Nunes tivera que lidar com essa contradição, ao relatar o Habeas Corpus 30355,⁴² em favor de um comerciante condenado por haver vendido carne verde a preço superior ao da tabela da então existente Comissão Central de Preços.⁴³ O principal argumento do impetrante era a inconstitucionalidade superveniente do decreto-lei que tratava do controle de preços, criando os órgãos que o executariam⁴⁴ — com a promulgação da nova Constituição, em setembro de 1946, as delegações legislativas passavam a ser expressamente proibidas pelo art. 36, §2º. Ainda segundo o argumento da petição inicial, o tabelamento de preços era matéria própria do Legislativo, que não poderia, portanto, ser delegada à Comissão de Preços. Essa teria sido a consequência da vitória na Constituinte da posição política que conferia todo o poder Legislativo ao Congresso, restando ao Executivo um poder regulamentar limitado à fiel execução das leis.

O voto do ministro Castro Nunes demonstra uma aguda sensibilidade em relação à dinâmica do capitalismo regulado, ao mesmo tempo que se esforça para construir uma doutrina que não leve à desmoralização da Constituição de 1946 (que expressamente vedava a delegação legislativa). Ele começa lembrando que o tema é velho e que no Brasil sempre se entendeu, desde o Império, que a proibição era implícita, decorrendo da separação dos poderes. A primeira constituição republicana determinava que “o cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro” (art. 79). Os textos de 1934 (art. 3º, §1º) e 1946 (art. 36, §2º) foram mais explícitos, vedando a delegação de poderes ou atribuições. O segundo passo de seu argumento é sustentar que a interpretação constitucional deve

⁴¹ NUNES, Castro. Delegação de poderes. *Revista Forense*, v. 137, p. 5-8, 1951, p. 8.

⁴² STF, *Habeas Corpus* nº 30-355-DF, 21/07/1948, rel. min. Castro Nunes. O HC 30.355 é apontado como *leading case* por Venâncio Filho, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, op. cit., p. 232. Essa decisão também é considerada uma importante referência para a discussão sobre a constitucionalidade do poder normativo do Executivo em GRAU, Eros Roberto. Notas sobre o ordenamento jurídico dos preços. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 27 n. 22, p. 155, 1979.

⁴³ Para uma análise mais profunda deste e de vários outros casos, ver Veiga da Rocha, *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico*, op. cit.

⁴⁴ Decreto-Lei nº 9.125, de 4-4-1946.

ser construtiva, não pode ter a mesma rigidez daquela das normas de direito comum. Com uma linguagem direta, seu terceiro passo relativiza a doutrina da vedação da delegação legislativa:

Se a Constituição, implícita ou explicitamente, declara que o Poder Legislativo não pode delegar suas atribuições, lança uma proibição a ser observada em linha de princípio, sem excluir, todavia, certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou apurações de natureza técnicas dos quais dependerá a incidência ou aplicação mesma da lei.⁴⁵

A experiência das delegações legislativas e comissões ou conselhos administrativos dos EUA e a própria experiência brasileira são referências por ele usadas para comprovar a adequação de sua tese à nova dinâmica constitucional e à realidade econômica. Para o ministro Castro Nunes o tabelamento de preços via lei formal seria “impraticável” — o tabelamento deve, na sua visão, “acompanhar *pari passu* as variações do mercado”.⁴⁶ A necessidade da edição rápida e flexível de normas que visem à regulação econômica foi igualmente enfatizada no mesmo julgamento pelo ministro Orosimbo Nonato, para quem o combate ao lucro excessivo não poderia ser feito apenas pelo Congresso, pois as leis “rapidamente se tornariam anacrônicas, fatalmente insensíveis às cotações do mercado, às flutuações econômicas, aos fatos de ordem comercial”.⁴⁷

Por unanimidade, foi indeferido o pedido de *habeas corpus*. A decisão significou um claríssimo esforço — de um STF unido numa mesma tese — de adaptação de um importante cânone do direito público brasileiro à nova realidade do Estado intervencionista brasileiro, como sintetizou o ministro Orosimbo Nonato: “[a] Constituição vigente permite ampla intervenção do poder estatal na ordem econômica [...] Ela não adotou — e nem podia adotar — o anacrônico *laissez faire, laissez passer*, em face da ordem econômica”.⁴⁸

Este reconhecimento explícito da delegação legislativa, como se verá a seguir, não era fato isolado no direito brasileiro.

⁴⁵ HC 30.355, p. 191.

⁴⁶ HC 30.355, p. 193.

⁴⁷ HC 30.355, p. 197.

⁴⁸ HC 30.355, p. 197.

4.2 A clarividência de Victor Nunes Leal

Escrevendo na época da Assembleia Constituinte, Victor Nunes Leal previu que a Constituição de 1946 consagraria a proibição das delegações legislativas, resgatando a regra da Constituição de 1934 (art. 3º, §1º).⁴⁹ Não é exagero afirmar que seu instigante artigo “Delegações legislativas”⁵⁰ pode ser considerado um clássico da literatura do direito público brasileiro, e certamente um dos textos mais importantes já escritos sobre o tema. Setenta anos após a sua publicação num dos primeiros volumes desta *Revista de Direito Administrativo*, seus três principais argumentos podem não somente ajudar na compreensão e crítica dos problemas jurídico-políticos contemporâneos no campo regulatório, mas também apontar caminhos para sua solução prática.

Seu primeiro argumento diz respeito à natureza do poder regulamentar. Victor Nunes manifesta sua adesão ao conceito de regulamento como lei em sentido material (Duguit) — um ato de natureza normativa, restando exclusivamente formal sua distinção em relação à lei produzida pelo Legislativo, e a esta se subordinando. Delegação legislativa e ampliação do poder regulamentar, portanto, são formas jurídicas distintas de se atingir o mesmo resultado político: permitir que o Executivo produza lei em sentido material. Toda lei que pode ser regulamentada “contém em si mesma certa margem, por pequena que seja, de *delegação* ao Poder Executivo, ao qual compete expedir os regulamentos”.⁵¹ Não se trata, como ele mesmo ressalta, de delegação em sentido técnico, uma vez que não existe ato formal de transferência de competência. O que Victor Nunes Leal enfatiza é que o resultado concreto é idêntico ao de uma verdadeira delegação, pois “se o Congresso pode regular um assunto nos seus mínimos detalhes e não o faz, deixando margem para o regulamento, temos, praticamente, uma situação que se assemelha à delegação, embora sem os requisitos técnicos que esta apresenta”.⁵²

O segundo argumento é o de que a proibição constitucional expressa e absoluta das delegações legislativas está fadada a não ter efetividade. O Estado intervencionista contemporâneo não poderia cumprir suas funções

⁴⁹ A Constituição de 1946 abrigou a regra em seu art. 36, §2º: “É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”.

⁵⁰ Leal, *Delegações legislativas*, op. cit.

⁵¹ *Ibid.*, p. 384.

⁵² *Ibid.*

sem mecanismos de transferência de função legislativa para o Executivo que permitissem “a boa condução dos negócios públicos”.⁵³

Se os constituintes, afirmava Victor Nunes, num gesto de reação contra a herança varguista, conseguissem proibir as delegações, o processo político levaria à sua permissão por outro meio: a extensão do poder regulamentar via interpretação judicial — o que já ocorrera anteriormente. Victor Nunes lembra que as delegações legislativas foram objeto de constantes debates no Império e na Primeira República, mas terminaram por serem aceitas pelo costume político. Segundo ele, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na vigência da constituição de 1891, ao mesmo tempo que, por um lado, se inclinou pela proibição das delegações legislativas — embora não houvesse vedação constitucional explícita —, deu, por outro, uma interpretação extensiva ao poder regulamentar do presidente da República. Por volta de 1915, a jurisprudência constitucional já evoluíra no sentido de adotar três teses: (i) o exercício do poder regulamentar não implica delegação legislativa; (ii) o poder regulamentar é amplo, e pode inovar para sanar qualquer lacuna da lei; e (iii) o decreto regulamentar é ato próprio e autônomo, independente de autorização do Congresso, que, de acordo com um acórdão de 1923 do Supremo, “não pode dar o que não tem e exatamente a quem tem”.⁵⁴

O terceiro argumento é o da compatibilidade entre delegação legislativa, separação dos poderes e democracia. A prática da delegação legislativa nos EUA e na Inglaterra, para reformas conjunturais, mas com controle do Poder Legislativo, era outra evidência de que a hostilidade às delegações, predominante na Constituinte, era equivocada, exagerada, e geraria futuros problemas de governabilidade. Um verdadeiro anacronismo, tendo em vista a evolução constitucional de países tidos como democráticos.⁵⁵

Entretanto, a lembrança do Estado Novo e o receio do recrudescimento autoritário levariam os constituintes a optar pela vedação da delegação legislativa. A delegação, para a maioria dos constituintes, aumentaria o risco de ocorrer a hipertrofia do Poder Executivo. Victor Nunes Leal ataca essa crença:

⁵³ Ibid., p. 379.

⁵⁴ Ibid., p. 386-387. Para essa síntese da evolução jurisprudencial, Victor Nunes valeu-se do livro de AZEVEDO, José Afonso Mendonça de. *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: s.n., 1925. p. 10, 102 e 105.

⁵⁵ Leal, *Delegações legislativas*, op. cit., p. 383.

As delegações legislativas, sobretudo as delegações amplas, nunca foram causa ou fundamento da hipertrofia do executivo. Ou são efeito dessa hipertrofia, ou não passam de um dos muitos meios através dos quais se manifestam os fatores sociais e políticos que conduzem aos regimes autoritários. Quando um parlamento se serve de delegação legislativa para agigantar o executivo, renunciando simultaneamente às suas próprias prerrogativas, é que as condições gerais da vida política chegaram a um ponto deplorável. Com ou sem a possibilidade das delegações, não faltarão, em tal hipótese, os meios adequados a favorecer as ambições absolutistas do executivo.⁵⁶

Quem argumenta, aqui, é o jurista sociólogo do direito, que critica o idealismo jurídico dos que combatiam a delegação legislativa. Ele lembra que, em plena vigência da Constituição de 1934 — que vedava a delegação —, o Parlamento aprovava quatro medidas que permitiriam a Getúlio levar adiante a proposta golpista: a lei de segurança nacional, as emendas constitucionais, a criação do Tribunal de Segurança e a decretação do estado de guerra em todo o território nacional.⁵⁷ Não é a delegação legislativa que estimula, *per se*, o autoritarismo, a proeminência do Executivo.

O quarto argumento do texto de Victor Nunes aponta para o que seria, segundo ele, uma segunda motivação para a campanha contra as delegações: o conservadorismo da Assembleia Constituinte, que tentava impedir a possibilidade de edição pelo Executivo de medidas legislativas rápidas no domínio econômico, eventualmente contrárias a seus interesses. Esse conservadorismo promoveria no futuro texto constitucional a combinação de liberalismo jurídico (proibir a delegação) com liberalismo econômico (dificultar a atuação administrativa reguladora do capitalismo).

Victor Nunes tinha a perfeita compreensão de que essa fórmula liberal entraria em contradição com a dinâmica do capitalismo brasileiro em seu estágio de modernização.⁵⁸ A tendência seria, portanto, que essa contradição

⁵⁶ Ibid., p. 380.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Essa contradição perseguiria a história do direito público brasileiro, aprofundando-se, depois do breve período democrático do pós-guerra, durante o período do regime autoritário pós-1964: “Assim, apesar da existência de um texto constitucional, de uma legislação ordinária, e mesmo de um Poder Judiciário, com a dinâmica do regime pós-64 a execução da política econômica e a aplicação de suas normas se dão em conformidade com os parâmetros fixados pelos órgãos administrativos mais genéricos do Executivo, em especial os Conselhos Monetário Nacional e de Desenvolvimento Econômico, sempre em função dos arranjos e das pressões entre as

levasse os tribunais a resgatar a jurisprudência relativa à Constituição de 1891, já referida *supra*. Tendo em vista o provável equívoco do constituinte de 1946, que proibiria a delegação legislativa, o Judiciário teria posteriormente que adotar um conceito mais amplo de poder regulamentar, sob pena de inviabilizar a intervenção estatal no domínio econômico e social. Reapareceria, assim, o problema do *conceito* de regulamento. Como definir disposições *propriamente regulamentares*, considerando que o regulamento é *lei em sentido material*? Para Victor Nunes, tudo dependeria do conceito de poder regulamentar a ser construído pelo Poder Judiciário.

Victor Nunes estava certo: o texto final da Constituição de 1946 terminou por consagrar a regra que vedava a delegação de poderes, o que abrangia a delegação legislativa. Dessa forma, o país que se industrializava e se urbanizava velozmente impulsionado pela atuação estatal teria que lidar com essa contradição flagrante entre a concepção rígida oitocentista da separação dos poderes e o desenvolvimentismo que não poderia abrir mão da intervenção administrativa no mercado.

4.3 *Os debates no Instituto de Direito Público e Ciência Política da FGV (Indipo)*

Em conferência proferida no dia 18 de setembro de 1959, Seabra Fagundes afirmou que a proibição da delegação legislativa “cria obstáculos à fecundidade do trabalho governamental e leva a distorções na prática da administração, como está acontecendo quando o Presidente da República legisla”.⁵⁹ Três anos antes, fora publicada uma outra conferência sua, em que discorria sobre a crise do processo legislativo, a sua incapacidade de produzir normas com rapidez e eficiência. Atacava o conhecido e tão debatido §2º do art. 36 da Constituição de 1946,⁶⁰ defendendo, porém, a sua importância para a independência do Judiciário. Reivindicava, portanto, com base na prática política “de todos os povos”, a mudança da Constituição, contra a crença predominante na doutrina jurídica da separação dos poderes: “no campo

diversas agências estatais, o empresariado nacional e os grupos multinacionais” (FARIA, José Eduardo. *Direito, modernização e autoritarismo: mudança socioeconômica × liberalismo jurídico*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981. v. II, p. 331-333).

⁵⁹ Citado por Fortes, *Delegação legislativa*, op. cit., p. 369.

⁶⁰ CF 1946, art. 36, §2º: “É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”.

das instituições políticas o que vale primordialmente é a funcionalidade, é a eficiência, é a utilidade das fórmulas na sua transplantação à realidade ambiente, e não a harmonia das regras com modelos teóricos”.⁶¹

A afirmação de Seabra Fagundes reflete o rico e intenso debate de uma época. Poucos anos antes, entre agosto de 1955 e abril de 1956, o Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas (Indipo) realizara no Rio de Janeiro mesas-redondas que tinham como objetivo discutir e propor reformas na estrutura e nas funções do Poder Legislativo, com vistas a uma eventual revisão constitucional. Junto com Seabra Fagundes, participavam dos encontros, presididos por Themistocles Cavalcanti: João Mangabeira, Nereu Ramos, Nestor Duarte, Gustavo Capanema, Bilac Pinto, Victor Nunes Leal, Barbosa Lima Sobrinho, Caio Tácito e Hermes Lima, entre outros, além do presidente da FGV, Luís Simões Lopes.⁶² Os debates eram sempre realizados a partir de um documento com sugestões prévias elaborado por João Mangabeira, que exercia a função de relator. Os tópicos abrangiam os aspectos mais importantes do Congresso, desde a proposta de extinção do Senado até a delegação legislativa.

Foi na última mesa-redonda, realizada em 30 de abril de 1956, que João Mangabeira discutiu com parte do grupo sua proposta de revogação do §2º do art. 36. Os debates mostram claramente como a vedação constitucional da delegação legislativa, ou, de forma mais ampla, de qualquer das funções estatais, era vista como algo anacrônico:

Bilac Pinto: Sr. Presidente, igualmente estou de acordo, em princípio, com a sugestão do Sr. João Mangabeira a respeito da delegação de poderes. Sabemos que duas razões principais concorrem para que a delegação de poderes seja atualmente inscrita nas constituições dos países democráticos. Em primeiro lugar, o volume da legislação; em segundo o caráter técnico da legislação que cada vez mais se apura em razão da intervenção do Estado na ordem econômica. No caso do Brasil, eu acrescentaria outra razão a justificar a medida em determinadas condições: a pressão sobre o Congresso. Há, no Brasil, grupos de pressão que exercem sobre o Congresso uma violenta coação.⁶³

⁶¹ Cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista Forense*, v. 163, p. 13, 1956.

⁶² A transcrição dos debates foi publicada em MANGABEIRA, João (Org.). *Poder Legislativo*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Público e Ciência Política/FGV, 1956.

⁶³ *Ibid.*, p. 91.

Bilac Pinto ressalta, entretanto, que também o Executivo está sujeito à influência de grupos de interesse. Na sua concepção, essa influência poderia ser diminuída com a fixação, pelo Congresso, no ato da delegação, das diretrizes políticas da lei a ser elaborada, exatamente como propunha João Mangabeira. Os debates não deixam de revelar uma crítica contundente à doutrina clássica da separação dos poderes, como no pronunciamento de Themistocles Cavalcanti:

Sr. Presidente [Themistocles Cavalcanti]: Há muito tempo que defendo a delegação de poderes. Tenho escrito e falado sobre o assunto. Não tenho a mística do princípio rígido a meu ver erroneamente consagrado na Constituição, com ênfase incompreensível, da independência dos poderes.⁶⁴

O relatório final aprovou a supressão do §2º do art. 36, além de sugerir o acréscimo ao §4º do art. 67 da Constituição de 1946 de medidas que incluíam no processo legislativo a possibilidade de delegação legislativa. O debate travado foi muito mais rico e complexo do que o resumo aqui apresentado. Ele abrangia, por exemplo, a distinção entre “autorização” e “delegação” legislativa,⁶⁵ e a discussão sobre até que ponto a proposta de João Mangabeira de inovação do processo legislativo configurava uma autêntica delegação legislativa.⁶⁶ Entretanto, o que importa, aqui, é o espírito das mesas-redondas, sua abertura para a necessidade de repensar a separação dos poderes e o dogma da indelegabilidade para se viabilizar a atuação do Estado brasileiro — com a preocupação de garantir a vinculação do Executivo às políticas traçadas pelo Congresso.

Bonifácio Fortes, ao comentar a vedação da delegação legislativa, afirmou que “este aspecto dogmático é decorrente da reação liberal, demagógica, após a redemocratização”.⁶⁷ No mesmo sentido, foi de Afonso Arinos de Melo Franco a mais contundente crítica à vedação constitucional da delegação,

⁶⁴ Ibid., p. 93.

⁶⁵ Ibid., p. 97.

⁶⁶ Também aprovada no relatório final, a proposta era a seguinte: (i) a Câmara, com a concordância do Senado, poderia autorizar o Presidente da República a completar um projeto de lei já iniciado no Congresso, mas que continha apenas as normas jurídicas fundamentais ou as diretrizes políticas; (ii) o presidente completaria o projeto e o devolveria à Câmara; (iii) a Câmara deveria aprovar ou rejeitar a íntegra do projeto, não podendo emendá-lo (Ibid., p. 14.).

⁶⁷ Fortes, Delegação legislativa, op. cit., p. 367.

ressaltando seu caráter meramente simbólico: “este artigo não é senão a explosão de um recalque antiditatorialista da Assembleia Constituinte, não é senão o gesto de revide desta Casa, fechada traiçoeiramente a 10 de novembro pelo ditador”.⁶⁸

Durante os debates constituintes que deram origem ao texto de 1946, a polêmica esteve sempre presente. O problema da governabilidade foi levantado na Constituinte por Hermes Lima: “ninguém pode governar sem funções delegadas”.⁶⁹ Agamenon Magalhães e Barbosa Lima Sobrinho posicionaram-se da mesma forma.⁷⁰

Os exemplos poderiam facilmente se multiplicar. Demonstram como parte importante dos juristas e homens públicos preocupados com o direito público brasileiro sempre debateu com absoluta franqueza o tema da delegação legislativa. Torna-se, portanto, inevitável a comparação entre o cenário pós-1946 (com o art. 36, §2º) e o pós-1988 (com o ADCT 25).

5. Conclusão

O estágio atual do debate, entre nós, sobre a delegação legislativa é um desserviço prestado ao país. Como tem insistido Carlos Ari Sundfeld, deveríamos estar num passo posterior da reflexão: uma vez mapeada a reserva específica de lei, passar a discutir as várias opções de processo normativo e de organização administrativa que poderiam orientar a ação normativa administrativa. Dito de outro modo, a ênfase de nossas preocupações deveria ser deslocada das normas de conduta — ou substantivas — para as normas de competência ou adjetivas: o segredo do controle democrático da burocracia não está na densidade substantiva da lei, mas nos aspectos institucionais da regulação.⁷¹ Se regular é inovar, a distinção entre *regulamentos executivos* e *regulamentos autorizados* deixa de ter sentido prático.⁷²

⁶⁸ *Diário do Congresso Nacional*, 24 fev. 1959, p. 1296 apud TÁCITO, Caio. As delegações legislativas e o poder regulamentar. *Revista de Direito Administrativo*, v. 34, p. 471-473, 1953, p. 471.

⁶⁹ *Diário da Assembleia*, 17 ago. 1946, p. 4176 (Ibid.).

⁷⁰ Cf. Fortes, *Delegação legislativa*, op. cit., p. 368.

⁷¹ Este é o principal argumento do instigante ensaio de Sundfeld, *Administrar é criar?*, op. cit., p. 268-274.

⁷² A afirmação realista de Carlos Ari Sundfeld não poderia ser mais acertada: “Há algo de artificial na oposição radical entre regulamentos executivos e autorizados, pois ela se baseia na suposição de que é fácil distinguir normas meramente executivas de normas inovadoras. As coisas não são bem assim. É que o diabo está nos detalhes, e quando os regulamentos tratam

Não precisamos esperar para dar esse segundo passo, mas é preciso, ao mesmo tempo, superar as doutrinas que reprimem a delegação legislativa ou que a reconhecem com certo constrangimento. Nesse sentido, não podemos deixar de lado o debate suscitado, entre outros, por Victor Nunes Leal e pelas impressionantes mesas-redondas do Indipo nos anos 1950 na Fundação Getulio Vargas. Eles fornecem-nos exemplos de como uma análise realista pode contribuir para o reconhecimento pleno da delegação. Revisitar todo esse debate — expressão do conflituoso processo de construção histórica dos cânones de nosso direito público —, especialmente da forma como ele se desenvolveu em torno da Constituição de 1946, pode ser útil para a compreensão da ordem constitucional brasileira pós-1988.

Guardadas as devidas proporções, o imbróglgio jurídico criado pelo art. 25 do ADCT da atual Constituição equivale àquele derivado do antigo §2º do art. 36 da Constituição de 1946.⁷³ O debate sobre a vedação constitucional da delegação legislativa ressurgiu num contexto político e jurídico análogo ao de 1946: transição do autoritarismo para um regime democrático e promulgação de uma nova Constituição que, segundo seus intérpretes conservadores, teria adotado uma concepção rígida de separação dos poderes.

A dogmática do direito público pode e deve ser transformada. Seus cânones revelam-se hoje, no Brasil, não somente irrealistas, mas prejudiciais para a própria democracia, já que semeiam grande confusão no debate sobre o controle democrático da burocracia. Esses cânones ainda são responsáveis pela formação ideológica da maior parte dos operadores do direito em nosso país, que se veem desnorteados ao terem que lidar com todo o universo paralelo de normas jurídicas criadas por burocratas que regulam todos os aspectos da vida social.

Vozes dissonantes já começam a surgir, reconhecendo a autêntica mutação constitucional, mais que centenária, como fundamento do poder normativo da burocracia.⁷⁴ Entretanto, elas parecem subestimar as diferenças teóricas e práticas entre os autores que defendem esse poder normativo,⁷⁵ ao

deles, ainda que para dar execução a limitações de direitos já previstas de algum modo em lei, podem variar muitíssimo de conteúdo, indo da postura mais liberalizante à mais restritiva” (Ibid., p. 273.).

⁷³ Nesse sentido, ver Veiga da Rocha, *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico*, op. cit., p. 175-188.

⁷⁴ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF — mutação constitucional do princípio da legalidade? *Revista de Direito Público da Economia*, v. 43, p. 35-57, 2013.

⁷⁵ Ver *ibid.*, p. 48 e ss. No trabalho citado, por exemplo, os autores ficam devendo a análise de: (i)

mesmo tempo que superestimam o *status* jurisprudencial da matéria. É ainda precipitado concluir que já está superada, no STF, a concepção clássica da legalidade.⁷⁶ Embora o tema seja recorrente no Tribunal há mais de um século, ele está longe de ter consolidado um entendimento a respeito. Alguns acórdãos isolados, relatados por ministros que têm concepções idiossincráticas sobre a matéria, não constituem a garantia de permanência do entendimento no âmbito do colegiado.

Outro cuidado a ser adotado é evitar o equívoco histórico que mesmo trabalhos inovadores compartilham com o alvo de sua crítica: tratar do tema como se ele tivesse começado ontem, com as agências reguladoras dos anos 1990. Essa falha implica deixar de lado todo o debate sobre órgãos reguladores *atuais* do Executivo que não são agências e todo o passado jurídico-político brasileiro. Para avançar em sua rebeldia (um tanto bem-comportada), essa vertente doutrinária que ensaia um caminho alternativo precisa romper de vez não somente com o pensamento conservador hegemônico que reprime a delegação, mas também com as doutrinas do reconhecimento constrangido — o que implica necessariamente uma crítica ao Supremo Tribunal Federal.

A recente crise econômica internacional ampliou enormemente os poderes dos bancos centrais. A doutrina jurídica liberal que reprime a delegação legislativa tem pouco a dizer a respeito. A questão que se põe para as sociedades complexas não é regular ou não regular, mas como regular de forma a conciliar efetividade, planejamento e democracia.⁷⁷ O agigantamento

qual a diferença entre a sua própria análise da mutação constitucional e aquela desenvolvida pelos adeptos da tese da *delegação instrumental*; (ii) como sua própria análise se relaciona com os casos do STF em que seu trabalho se baseia, especialmente aqueles relatados pelo ministro Eros Grau, já que este não assume a hipótese da mutação, nem tampouco aceita a hipótese de delegação legislativa; (iii) qual a diferença, para a sua própria hipótese de mutação, a ampliação do poder regulamentar ou a admissão da delegação legislativa; e (iv) como a hipótese de aceitação do regulamento autônomo pode ser compatível com a exigência de *standards* legais para o controle judicial do poder normativo.

⁷⁶ No campo específico da regulação financeira, pelo menos, o STF está longe de ter construído uma doutrina inovadora, cf. Veiga da Rocha, *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico*, op. cit. Em sentido contrário, afirmando que a concepção clássica já foi superada pela jurisprudência, ver Moreira e Caggiano, *O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF — mutação constitucional do princípio da legalidade?*, op. cit., p. 55.

⁷⁷ O desafio da regulação que tenta repolitizar o mercado numa sociedade democrática — conciliar planejamento com liberdade — foi exposto de maneira magistral no último capítulo da obra clássica (publicada em 1944) de POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001. Escrevendo na mesma época, o problema da tecnocracia foi abordado a partir do conceito de *capitalismo de Estado* em POLLOCK, Friedrich. *State capitalism. Studies in Philosophy and Social Science*, v. IX, n. 2, p. 200-225, 1941.

da burocracia reguladora surgiu, em parte, como uma reação progressista contra as tendências antidemocráticas das forças do mercado. Boa parte da delegação de poderes é decorrente do aprofundamento das estruturas do *Welfare State*, da demanda pela repolitização e regulação do capitalismo. *Regular*, neste contexto, é, sim, inovar a ordem jurídica.⁷⁸

Essa mesma burocracia, entretanto, passa a representar uma ameaça à liberdade e à democracia. Esse é o paradoxo da regulação: ela só nos torna mais livres mediante o alto preço da delegação, para uma tecnocracia altamente especializada, do poder de criar as regras jurídicas que sustentam as instituições sem as quais não podemos sobreviver — como a moeda, por exemplo.⁷⁹ Um poder que nós imaginávamos ver exercido somente por nossos legítimos representantes: a classe política que de tempos em tempos elegemos.

Em meio à recente reconstrução da democracia brasileira, os debates sobre delegação legislativa e poder regulamentar foram retomados sobre novas bases. O que se pretendeu demonstrar com o breve registro da discussão que tem caracterizado o direito público brasileiro é que a interpretação, ou mesmo a reformulação da atual Constituição, pode ser enriquecida se levarmos a sério o que disseram Victor Nunes Leal, João Mangabeira e seus contemporâneos.

Em meio ao lusco-fusco de um novo ciclo político, 1988 terminou por repetir 1946. É compreensível, considerando-se o trauma do autoritarismo. Entretanto, ao comemorarmos os 30 anos da Constituição cidadã, uma das tarefas jurídico-políticas mais importantes da agenda regulatória de nosso tempo é romper, de uma vez por todas, política e intelectualmente, com a versão reacionária da separação dos poderes. Sem medo, e sem mistificação, como fizeram nossos mestres do passado.⁸⁰

⁷⁸ Na literatura de direito e teoria social, esse tema, bastante estudado, costuma ser debatido a partir do importante conceito de *juridificação* (Cf. SCHEUERMAN, William E. *Capitalism, law and social criticism. Constellations*, v. 20, n. 4, p. 571-586, 2013).

⁷⁹ Cf. Veiga da Rocha, *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico*, op. cit.

⁸⁰ Da mesma forma, seria importante multiplicar as pesquisas comparativas. A experiência jurídico-política dos Estados Unidos, por exemplo, pode ser bastante inspiradora nesse desafio, embora não deva, obviamente, ser copiada. É que nossas semelhanças institucionais são muito grandes. A ciência política norte-americana já avançou bastante neste debate, elaborando critérios muito interessantes para tentar distinguir empiricamente *delegação* de *abdicação* (MCCUBBINS, Mathew D. *Abdication or delegation? Congress, the bureaucracy, and the delegation dilemma. Regulation*, v. 22, n. 2, p. 30-37, 1999). Para uma perspectiva comparada Europa/EUA, com um excelente mapeamento do debate contemporâneo (metodológico, inclusive), ver os artigos reunidos em THATCHER, Mark; STONE SWEET, Alec (Org.). *The politics of delegation*. Londres: Frank Cass, 2003. O debate jurídico nos EUA é bastante antigo. Enquanto parte da doutrina no Brasil trata o assunto como se fosse uma grande novidade, nos EUA o debate já era intenso no começo do século XX, como demonstra

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-725, 2000.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: la politique et l'histoire*. 7. ed. Paris: Quadrige/PUF, 1992.

ATALIBA, Geraldo. Delegação normativa (limites às competências do CMN e do Bacen). *Revista de Direito Público*, v. 98, p. 50-69, 1991.

AZEVEDO, José Afonso Mendonça de. *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: s.n., 1925.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*, v. 96, p. 42-50, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 165-188.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1921.

EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In: *Cahiers de Philosophie Politique (Montesquieu)*. Bruxelas: Ousia, 1985, p. 3-34.

FARIA, José Eduardo. *Direito, modernização e autoritarismo: mudança socioeconômica × liberalismo jurídico*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981. v. II.

o clássico texto do importante professor de Cornell Horace Whiteside, em coautoria com Patrick Duff: WHITESIDE, Horace E.; DUFF, Patrick W. Delegata potestas non potest delegari: a maxim of American Constitutional Law. *Cornell Law Review*, v. 14 issue 2, p. 168-196, 1929. Para uma discussão atual, ver, por exemplo, ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-725, 2000.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Agências reguladoras: delegação de poderes e constitucionalidade. In: _____. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007. p. 481-499.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 35, p. 143-158, 2000.

FORTES, Bonifácio. Delegação legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 62, p. 353-387, 1960. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/1304>>.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da “separação dos poderes”: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as leis-medida. In: _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 167-190.

_____. Notas sobre o ordenamento jurídico dos preços. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 27, n. 22, p. 155, 1979.

LEAL, Victor Nunes. Delegações legislativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 378-390, 1946. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/922>>.

MANGABEIRA, João (Org.). *Poder Legislativo*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Público e Ciência Política/FGV, 1956.

MCCUBBINS, Mathew D. Abdication or delegation? Congress, the bureaucracy, and the delegation dilemma. *Regulation*, v. 22, n. 2, p. 30-37, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF — mutação constitucional do princípio da legalidade? *Revista de Direito Público da Economia*, v. 43, p. 35-57, 2013.

NUNES Castro. Delegação de poderes. *Revista Forense*, v. 137, p. 5-8, 1951.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1957.

POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001.

POLLOCK, Friedrich. State capitalism. *Studies in Philosophy and Social Science*, v. IX, n. 2, p. 200-225, 1941.

SCHEUERMAN, William E. Capitalism, law and social criticism. *Constellations*, v. 20, n. 4, p. 571-586, 2013.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista Forense*, v. 163, p. 9-21, 1956.

SILVA, Carlos Medeiros. O poder regulamentar e sua extensão. *Revista Forense*, v. 130, p. 339-341, 1950.

SUNDFELD, Carlos Ari. Administrar é criar? In: _____. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TÁCITO, Caio. As delegações legislativas e o poder regulamentar. *Revista de Direito Administrativo*, v. 34, p. 471-473, 1953.

THATCHER, Mark; STONE SWEET, Alec (Org.). *The politics of delegation*. Londres: Frank Cass, 2003.

VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <www.teses.usp.br/>.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

WHITESIDE, Horace E.; DUFF, Patrick W. Delegata potestas non potest delegari: a maxim of American Constitutional Law. *Cornell Law Review*, v. 14, issue 2, p. 168-196, 1929.