

## ESTADO ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO E COVID-19: CONTEXTO E PERSPECTIVAS

### UNITED STATES ADMINISTRATIVE STATE AND COVID-19: CONTEXT AND PERSPECTIVES

MAÍRA ALMEIDA<sup>1</sup>  
BEATRIZ SCAMILLA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar as transformações e legitimidade do Estado Administrativo norte americano nas respostas institucionais à pandemia da Covid-19. Tomam-se como marco teórico as teorias acerca da constitucionalidade, legalidade e legitimidade desse modelo. A principal hipótese do presente trabalho é que o Estado Administrativo se justifica pela necessidade de constante resposta institucional em meio a tensões inevitáveis ao ordenamento jurídico a partir de casos práticos. Especificamente com relação ao Covid-19, objetiva-se destacar a reafirmação das propriedades do Estado Administrativo no cenário de crise. Nesse contexto, o protagonismo assumido pelo Executivo decorre da sua capacidade de, com maior eficiência, lidar com ambientes de incerteza. Essa hipótese representa a ideia de que a busca de superação permanente das dificuldades pelo Executivo, uma atuação permanente entre Executivo e Judiciário, além de uma simbiose entre teorias e casos, garantem a manutenção e perpetuação do pacto firmado pelos *new dealers* com a promulgação do APA até o momento.

878

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Administrativo; Teoria institucional; Covid-19.

<sup>1</sup> Maíra Almeida é Professora da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Doutora e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ), pesquisadora visitante na Harvard Law School (2016-2017) com o apoio da Comissão Fulbright e pesquisadora do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre Comportamento das Instituições (LETACI). E-mail: almeida.maira.1@gmail.com. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/2910543651401458>.

<sup>2</sup> Advogada. Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Co-fundadora da Destro Consultoria Jurídica. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI). Assistente de Pesquisa do Projeto “Regulação em Números” da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Colaboradora do Blog Interfases. E-mail: scamillabeatriz@gmail.com. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/6204098212084297>.



**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the transformations and legitimacy of the US Administrative State and its institutional responses to Covid-19 pandemic. Theories about the constitutionality, legality and legitimacy of this model are the theoretical framework. The main hypothesis of this paper is that the Administrative State is justified by the need of constant institutional response amid inevitable tensions to the legal system from cases. The objective is to highlight the reaffirmation of the properties of the Administrative State in the Covid-19 crisis scenario. In this context, the role assumed by the Executive arises from its ability to deal with uncertainties more efficiently. This hypothesis represents the idea that the search for permanent overcoming of difficulties by the Executive, a permanent performance between Executive and Judiciary, in addition to a symbiosis between theories and cases, guarantee the maintenance and perpetuation of the pact signed by the new dealers with the promulgation of the APA until now.

**KEYWORDS:** Administrative State; Institutional Theory; Covid-19.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o Estado Administrativo norte-americano contemporâneo, o qual é um fato da política norte-americana, decorrente de intensos debates e críticas. Embora muitos não se preocupem com essa questão, todo um gênero de erudição tem sido recomendado para afirmar ou negar a legitimidade constitucional do atual Estado Administrativo. Serão debatidos os valores de uma administração constitucional, como a separação de poderes, um instrumento essencial aos princípios constitucionais. E, em que pese as críticas sobre a violação da separação de poderes pelo Estado Administrativo, será demonstrado que este mantém e prestigia a separação constitucional de poderes. Pragmaticamente, a análise das respostas institucionais à pandemia da Covid-19 no país reforça a percepção do protagonismo do Executivo a partir da necessidade de liderança e da interação positiva entre os poderes no contexto de crise.

Verifica-se que o Estado Administrativo sobrevive pela sua constante transformação, seja por teorias formadas no âmbito das cortes, seja por teorias doutrinárias ou por meio do Executivo ao enfrentar as crises institucionais, em especial, a vivenciada atualmente com o COVID-19.

Pretende-se compreender o fenômeno de transformação permanente do Estado Administrativo norte-americano por meio da análise das teorias e dos casos relevantes que questionam a legalidade do Estado Administrativo. O problema não está em identificar a teoria, o caso ou o poder que fornece os indicativos e a orientação para a existência do Estado Administrativo; é fundamental entender o seu processo de transformação manifestado, mais recentemente, no enfrentamento à pandemia da COVID-19. Do ponto de vista metodológico, são os referenciais

epistemológicos que garantem que, apesar de todas as mudanças políticas, o Estado Administrativo e o *Administrative Procedure Act* (APA) permaneçam.

A metodologia adotada pelo presente trabalho foi, em primeiro lugar, a definição da hipótese que traria certa coerência ao estudo crítico do Estado Administrativo frente à pandemia do COVID-19. Para tanto, trabalhou-se com a hipótese central do seu caráter pendular e dialógico entre os poderes, teoria e doutrinas. Em segundo lugar, pretendeu-se apresentar um marco teórico, a partir da bibliografia trabalhada, pertinente ao dinamismo do instituto em análise. Em conjunto com julgados da Suprema Corte norte-americana e de tribunais federais que, juntos, compõem o Estado Administrativo e reforçam seu dinamismo, procurou-se compreender, teórica e conclusivamente, o quanto a perspectiva simbiótica do Estado Administrativo persiste ao longo do tempo e se legitima.

Para maior orientação do leitor, o artigo discutirá as questões consideradas estruturais ao constitucionalismo e a democracia norte-americana, como a relação do Estado Administrativo com a separação de poderes. Verifica-se uma violação a esses princípios devido ao fato de algumas agências possuírem atribuições semilegislativas, semiexecutivas e semiadjudicatórias? Serão delineadas visões antagonistas, que encontram correspondentes tanto no âmbito acadêmico quanto no âmbito dos tribunais entre as chamadas, respectivamente, teorias conservadoras, liberais e funcionais. Para que seja possível visualizar as peculiaridades da aplicação das teorias no âmbito dos tribunais, a maior parte dos casos selecionados é da Suprema Corte norte-americana, considerada um tribunal realista, e do *D.C. Circuit*, considerado um tribunal idealista.

Diante de uma tendência conservadora por parte da doutrina, a partir dos anos 1990, capitaneada pelos professores Garry Lawson e Philip Hamburger, o debate, não mais sobre os limites de atuação das agências, mas sobre a inconstitucionalidade do Estado Administrativo, torna-se presente, com argumentos históricos, como a *Star Chamber* inglesa e a violação formal da Constituição Norte-Americana. Esse movimento acaba por influenciar os tribunais a adotarem, nas décadas seguintes, posturas mais conservadoras, em especial o *D.C. Circuit*. Esse movimento sobre a implementação de preferências políticas libertárias é denominado, por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, Direito Administrativo libertário. Para esses autores, o movimento é incompatível com a finalidade dos estatutos reguladores, a regularidade processual e a tomada de decisão não arbitrária, o que denominam “metaprincípio mestre” do Direito Administrativo, de modo que tais compromissos são incompatíveis com um regime com uma orientação política específica.

Após afirmar o marco teórico do trabalho e propor o reconhecimento do compromisso firmado pelos *new dealers* pelo “metaprincípio mestre” do Direito Administrativo, a análise da dinâmica do Estado Administrativo no contexto da pandemia da Covid-19 vem reforçar a ideia de flexibilidade e adaptabilidade das regras para regularização da formulação de políticas. Nesse sentido, do ponto de vista pragmático, a partir da ilustração da crise de saúde pública, incerteza e

dinamismo vão marcar os arranjos institucionais através da necessidade de preenchimento das lacunas.

No entanto, o fortalecimento da burocracia estatal não parece ser uma característica pontual do Estado Administrativo norte americano. Quando colocadas em perspectiva, as referências desta imbricação constituem um conjunto coerente. Os marcos de legitimação e fundamentação do Estado Administrativo estadunidense, em especial o APA, *New Deal* e *Code of Federal Regulation*, refletem uma postura ainda vigente de deferência, mas também de limitação da discricionariedade administrativa através de mecanismos processuais e judiciais.

## 2. CRÍTICAS A EXTRALEGALIDADE SUPRALEGALIDADE DO ESTADO ADMINISTRATIVO

O presente artigo entende por Estado Administrativo o modelo de Estado estruturado por meio de agências reguladoras, do Executivo ou independentes, que desenvolve funções semilegislativas, semiexecutivas e semiadjudicatórias. Devido a ausência de previsão constitucional sobre a estrutura do Poder Executivo para o exercício de suas funções, trata-se de uma construção histórica-institucional, com início do século XIX, marcada por disputas e barganhas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>3</sup>

Em seu livro *Is Administrative Law Unlawful?*, Phillip Hamburger (2014) apresenta uma interessante perspectiva sobre o Estado Administrativo. O autor volta ao Direito reivindicado na Era Stuart, quando na Inglaterra permitia-se ao soberano agir fora dos limites da lei, na chamada “prerrogativa real”.<sup>4</sup> Hamburger faz uma extensa análise histórica das diversas crises que dominaram a política na Inglaterra durante os séculos XVI e XVII, com o objetivo de demonstrar que o Direito Administrativo, bem como a adjudicação e a deferência dos tribunais, retrocede a um governo extralegal que o Direito Constitucional visa limitar (HAMBURGER, 2014, p. 31). Para o autor, por trás do véu sereno da tomada de decisões administrativas esconde-se o sombrio rosto da tirania da Era Stuart. Sua principal tese é que o Estado Administrativo é uma tirania que viola constantemente a Constituição norte-americana e todo o sistema idealizado pelos *Founding Fathers*. Para o autor, o Direito Administrativo é contrário não só à Constituição, mas também à natureza do governo jurídico-constitucional (HAMBURGER, 2014, p. 411).

Na visão de Hamburger, o Estado Administrativo viola a separação de poderes, impõe uma nova prerrogativa, opera fora dos limites da lei e não é passível de nenhum mecanismo de verificação de suas atividades. Sua perspectiva, porém,

<sup>3</sup> Para um maior aprofundamento do tema vide Almeida, Maíra. ESTADO ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO CONTEMPORÂNEO: transformação permanente, diálogos de poderes e perspectivas simbióticas entre teorias e casos. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

<sup>4</sup> A Era Stuart é marcada pela dinastia da Casa de Stuart, período compreendido entre os anos de 1603 a 1714. O período de tirania monárquica teve fim com a morte da rainha Anne e a ascensão do rei George I, da casa alemã de Hanover.

mostra-se seletiva historicamente. Embora ofereça um diminuto relato da prática da era fundacional,<sup>5</sup> o cerne do livro fundamenta-se em uma prática ainda mais antiquada. Em sua opinião, a *Star Chamber* da Era Stuart oferecia tanto o precedente histórico para a formulação de políticas administrativas irrestritas quanto o elemento com que os juizes da *common law* se rebelaram (HAMBURGER, 2014, p. 237).

Hamburger o relaciona ao Estado Administrativo norte-americano por considerá-lo extralegal, supralegal e consolidado, e, portanto, como uma prerrogativa real, absoluto. Na maioria das vezes, o autor não desenvolve temas do Direito Administrativo contemporâneo, o que ofereceria fundamento à maioria de seus principais pontos. Em outras palavras, até se podem assumir os argumentos de Hamburger<sup>6</sup> como verídicos, em alguma medida, e também rejeitar sua conclusão central de que o Direito Administrativo é ilegal.

Duas conclusões podem ser extraídas de sua narrativa. Primeiro, o autor nega que o Estado Administrativo se justifique pela necessidade moderna e pela natureza complexa do governo. A história contada pelo professor Hamburger demonstra que a utilidade do governo administrativo é relevante e, por isso, debatida há séculos (HAMBURGER, 2014, p. 493). Embora as formas antigas de governança administrativa para as quais Hamburger desenhe paralelos sejam alvos fáceis de críticas por se basearem nas reivindicações reais do poder absoluto (HAMBURGER, 2014, p. 285), são legais (HAMBURGER, 2014, p. 56).<sup>7</sup> Isso que pode ser visto sob duas perspectivas: por um lado, os que apoiam o Estado Administrativo não podem argumentar tão efetivamente contra a prática passada, sugerindo que a necessidade de agências executivas é um fenômeno da modernidade; por outro lado, os opositores ao Estado Administrativo não podem pretender que os arquitetos do sistema jurídico anglo-americano tenham sido fundamentalmente resolvidos com os compromissos entre as supervisões administrativa e judicial.

Segundo, a ideia de que existe uma ordem constitucional viva dentro do sistema constitucional norte-americano leva à possibilidade de mudança jurídica para os elementos vivos da Constituição por meio da prática. O livro de Hamburger parece dar uma importância histórica à teoria. Seu argumento central é que a legalidade das instituições administrativas foi uma questão incerta do sistema constitucional anglo-americano durante centenas de anos que antecederam o século XX. Os pais fundadores herdaram uma história de fluxo nessa área e não resolveram muitas questões importantes de Direito. Como resultado, o debate constitucional herdado

---

<sup>5</sup> O autor cita a obra de MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012, porém, apenas de maneira seletiva e superficial, de modo a confirmar a sua tese.

<sup>6</sup> Embora pareça haver um amplo motivo para dúvidas, vide CRAIG, Paul. *The Legitimacy of US Administrative Law and the Foundations of English Administrative Law: Setting the Historical Record Straight*. Oxford Legal Studies Research Paper Series, 2016.

<sup>7</sup> ao citar que a *Star Chamber* foi originalmente criada para: “tam[e] England’s magnates”.

da Inglaterra continuou após o momento da fundação do Estado norte-americano. O século XX, especialmente o New Deal, forneceu ampla evidência de apoio aos fundamentos legais do Estado Administrativo das funções semi-Executiva, semijudicial e semilegislativa por meio de atos afirmativos, bem como a concordância da sociedade norte-americana. Sob esse argumento, finalmente são alcançadas as normas estabelecidas. Hamburger buscava encontrar tais fundamentos na história inglesa, mas as normas são exatamente o oposto daquelas nas quais ele se baseou.

Ao longo da presente pesquisa, foi possível constatar que o Direito Administrativo não é extra ou supralegal.<sup>8</sup> Hamburger alega que é ilegal, pois, em sua concepção, opera fora dos limites da lei. Em sua visão, quando as agências administrativas editam regras vinculantes, elas exercem o Poder Legislativo investido apenas ao Congresso pelo Artigo I da Constituição norte-americana. Tal ato, para o autor, violaria o Direito, já que o Congresso não pode delegar o Poder Legislativo.<sup>9</sup> Se o Congresso fornece um “princípio inteligível”, então uma agência que exerce o mandato legal exerce o Poder Executivo.<sup>10</sup> Essa discricionariedade é inerente ao Executivo,<sup>11</sup> e o Tribunal não deve determinar o grau de discricionariedade que o Congresso pode delegar permissivamente ao Executivo (HAMBURGER, 2014, p. 75). A regulamentação administrativa não é, portanto, extralegal.

Nem é supralegal, afirmação que Hamburger aposta nas várias doutrinas de deferência da Corte. Primeiro, pelo menos dois estudos empíricos relativamente recentes mostram que a doutrina Chevron está longe de ser um comando inexorável,<sup>12</sup> o que sugere que talvez a analogia de Hamburger a um poder de prerrogativa supralegal seja exagerada. Segundo, porque deferência é a lei, e faz

<sup>8</sup> Vale citar alguns dispositivos do APA que limitam o Direito Administrativo, por exemplo, 5 U.S.C. § 554 (D) prohibiting employees that investigate or prosecute a case from participating in decision making process in that case; id. § 556 (B) providing for appointment of administrative law judges, who do not investigate or prosecute cases.

<sup>9</sup> Importante citação da Suprema Corte sobre o Artigo I da Constituição norte-americana: “This text [of the Constitution] permits no delegation of [Congress’s legislative] powers”. Decisão *Whitman v. Am. Trucking Ass’ns*, 531 U.S. 457, 472.

<sup>10</sup> Vide *City of Arlington v. FCC*, 133 S. Ct. 1863, 1873 n. 4 (2013).

<sup>11</sup> *Whitman*, 531 US, 474-75. Scalia, em voto dissidente, defendeu que certo grau de discricionariedade e, portanto, de criação de leis, é inerente à maioria dos atos executivos. (Citando *Mistretta v. United States*, 488 US 361, 417 (1989)).

<sup>12</sup> A doutrina Chevron será melhor analisada no capítulo 6. É oportuno, no entanto, apresentar duas pesquisas empíricas que apontam uma taxa de aplicação da doutrina Chevron pela Suprema Corte, deferindo às interpretações dos estatutos pelas agências, em um percentual de 76,2% e 67%. Trata-se, respectivamente, das seguintes pesquisas: ESKRIDGE Jr. William; BAER, Lauren. *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*. Yale: Yale Law School Faculty Scholarship Series, 2008, p. 1142; e MILES, Thomas; SUNSTEIN, Cass. *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, Chicago: University of Chicago Law Review, 2006, p. 73.

pouco sentido caracterizar o Direito Administrativo como acima da lei. É claro que todos esses pontos presumem que a lei se refere à lei positivada dos Estados Unidos, o que Hamburger parece ignorar.

Devido ao entendimento do conceito de “lei” para Hamburger, seus argumentos são bastante confusos. Por exemplo, em uma passagem defende que a Constituição norte-americana estabelece um governo cuidadosamente especializado e dividido, permitindo assim que a sociedade preserve sua liberdade por meio de instituições adaptadas à sua especificidade (HAMBURGER, 2014, p. 324), mas falha em reconhecer que talvez o Estado Administrativo já contemple esses valores. Hamburger certamente discordaria que o Estado Administrativo preserva a liberdade, mas isso está longe de ser um argumento desprovido de algum fundamento (SINGER, 2015). E, mesmo que o autor estivesse empiricamente correto quanto à violação da liberdade causada pelo Estado Administrativo, a questão ainda é que a separação de poderes tão reverenciados por Hamburger é responsável por criar o Estado Administrativo e permitir seu desenvolvimento. Hamburger organiza mais de quinhentas páginas de história para argumentar que sua preferência política está profundamente enraizada no tecido constitucional do sistema jurídico anglo-americano, a ponto de tornar ilegal o aparato governamental moderno.

Hamburger ignora grande parte do Direito Administrativo moderno e preocupa-se em estabelecer limites sobre como as agências administrativas podem exercer seu poder. Seu livro, no entanto, não examina os casos de interpretação e aplicação do *Administrative Procedure Act*. O APA representa um compromisso muito discutido, reflete o consenso pós-Segunda Guerra Mundial que reconheceu os benefícios da discricionariedade no âmbito administrativo, mas, também, limita essa discricionariedade com garantias processuais e revisão judicial.

Casos subsequentes estabelecem uma revisão forte, a qual fornece outro controle sobre a discricionariedade das agências. A ideia é que, como a Corte se considera institucionalmente incapaz de controlar delegações permissivas, ela analisa os resultados e as razões políticas para verificar se uma agência está empregando adequadamente sua discricionariedade e expertise, o que presumivelmente não seria o caso se agisse arbitrariamente.

Hamburger provavelmente argumentaria que sua ordem constitucional é um pré-requisito para a responsabilidade democrática, bem-estar geral e formulação racional de políticas.<sup>13</sup> No entanto, a ansiedade que permeia seu livro parece mais interessante não apenas em relação aos abusos do Executivo, mas quanto à falha em reconhecer os abusos, assim como a incapacidade de reconhecer a ilegalidade.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Por exemplo, Hamburger afirma que as agências sufocam a diversidade de opiniões, o ceticismo e as faculdades especializadas que informam a exploração científica [devido à] maneira autoritativa das agências tecnocráticas. Para ele, o método científico não pode florescer em instituições administrativas. HAMBURGER, 2014, p. 344.

<sup>14</sup> Ao longo do livro, Hamburger descreve a falha em reconhecer o que ele chama de “despotismo suave” e o absolutismo do Estado Administrativo. Seu objetivo é reconhecer o Estado

Por causa dessa ansiedade, Hamburger preocupa-se com os “diagnósticos” constitucionais ou a “restauração” de uma ordem constitucional cujas categorias, estrutura e limites claramente demarcados (que o autor chama de *bright-line*) permitirão diagnosticar e aplicar corretamente. A melhor evidência do constitucionalismo de *bright-line* de Hamburger são suas categorizações conclusivas, mas injustificadas, do que é legal e ilegal. Por exemplo, ele esculpe capítulos sobre “atos executivos lícitos adjacentes à legislação” e “atos executivos lícitos adjacentes à adjudicação” (HAMBURGER, 2014, p. 83,191), nos quais defende o que chama de *bright-line* para determinar a legalidade baseando-se no caráter vinculante dos atos do Poder Executivo. Mas seus exemplos apenas ilustram como a determinação discricionária de limite é uma questão que a doutrina administrativa enfrenta.<sup>15</sup>

O problema é que a ordem constitucional de Hamburger é baseada em um formalismo jurídico segundo o qual “legalidade” e “ilegalidade” são objetivas, estáveis, conceitos passíveis de discernimento ex ante, e, portanto, a lei deve ser um instrumento sensivelmente sintonizado a captar ações que se desviam sobre o direito de caráter de exceção.<sup>16</sup>

Como a formulação de políticas públicas de agências é um processo iterativo de atualização, abordando novos problemas de política até então não resolvidos, a lei a ser aplicada compartilhará dessas qualidades. Além disso, embora tenha-se chegado a algum “equilíbrio” de doutrina do Direito Administrativo, como o da não delegação, ou, na visão de Vermeule e Sunstein, o caso *Vermont Yankee II*, outros casos oferecem *nudges* que proporcionam maior estabilidade e precisão, o que

---

Administrativo pelo que é, penetrando o que ele chama de “legitimizing vocabulary of law”: “The very phrase administrative law, for example, should be understood as a fig leaf which gives legal cover to extralegal lawmaking”. HAMBURGER, 2014, p. 509.

<sup>15</sup> Outro exemplo do constitucionalismo *bright-line* de Hamburger é a leitura da Constituição de maneira ambígua. A separação de poderes é evidente, conforme ele escreve: “The U.S. Constitution did not generalize about the ideal of separation. Instead, most constitutions simply granted each specialized power to its own specialized part of government, and then carved out exceptions. The result was very concrete. Rather than idealize the abstract separation of powers, and then recognize an abstract qualification, a typical American constitution carefully established its own separation of power and then recited specified exceptions”. HAMBURGER, Philip. 2014, p. 331.

<sup>16</sup> A palavra “ulness” da lei, aqui traduzida como exceção da lei, é como um mantra ao longo do livro. Hamburger contrasta “ulness” como uma maneira apropriada de descobrir a lei com discricionariedade imprópria e cita Coke: “discretion is a science or understanding to discern between falsity and truth, between right and wrong, between shadows and substance, between equity and colorable glosses and pretenses, and not to do according to their wills and private affections”. HAMBURGER, Philip. 2014, p. 98. Hamburger também distingue discricionariedade imprópria e exceções equitativas: “When judges find equitable exceptions from rules of law, they are carving out exceptions from rules which they do not make. To be precise, judges discern equitable exceptions to rules laid down by statute or inherited in common law, not rules that they make or directly control”. HAMBURGER, 2014, p. 123.

potencialmente substituirá os anteriores.<sup>17</sup> Essa incerteza e dinamismo na forma geral, categorias e limites do Direito Administrativo não sugerem sua “ilegalidade”; ao contrário, trata-se apenas da incerteza ordinária ou o risco de algumas vezes “errar” ou “melhorar” posteriormente, fundamental ao desenvolvimento de um sistema de precedentes. No entanto, a teoria de Hamburger parece não tolerar zonas cinzentas.<sup>18</sup>

Os argumentos de Hamburger não se mostram persuasivos por diversas razões. Primeiro, questionam-se a precisão e a aplicabilidade de sua história para determinar se o Direito Administrativo moderno é inconstitucional. Mesmo que se aceite que a Constituição tem uma reação com o absolutismo europeu, Hamburger não justificou como essas contingências históricas deveriam basear-se na interpretação constitucional norte-americana. Em outras palavras, qual é o significado jurídico da história de Hamburger, supondo que seja preciso? O originalismo, por exemplo, não seria bem-vindo em sua teoria, por não se concentrar na intenção original, mas no significado original, alinhando suas interpretações com o modo como um termo foi popularmente compreendido no momento da ratificação, e não com as preocupações psicológicas dos *Framers* sobre o absolutismo europeu.

Segundo, o autor acusa a deferência dos casos *Chevron* e *Skidmore* como abandono do dever judicial, uma violação constitucional que ele enraíza em generalizações sem valor jurídico: a Constituição concede poder judicial aos tribunais, compostos por juízes, que supostamente teriam um cargo ou dever de julgamento independente<sup>19</sup>. A Constituição, portanto, estabelece uma estrutura

---

<sup>17</sup> Talvez o descrito seja uma versão do optimal abuse of power de Vermeule, mas a versão aqui proposta é a otimização com uma aceitação realista das margens de erro. Como Vermeule escreve: “we call ourselves ‘optimizers’ in the following thin sense: We keep making incremental net-beneficial moves within institutional space just up until the point at which the net benefits from further moves have diminished to zero”. VERMEULE, Adrian. Optimal Abuse of Power. *New York Law Review*, v. 109, p. 693, 2014-2015.

<sup>18</sup> Por exemplo, Hamburger trata as controvérsias e ambiguidades no Direito Administrativo como provas conclusivas de ilegalidade. A delegação de poder legislativo é ilegal, argumenta ele, porque existe a advertência memorável contra a autorização legal para prerrogativa ou poder administrativo do Ato de Proclamações “prontamente revogadas” de Henrique VIII de 1539. HAMBURGER, Philip, 2014, p. 38.

<sup>19</sup> Sobre as deferências dos casos *Chevron* e *Skidmore*: “A decisão da Suprema Corte no caso *Chevron* tanto desenvolveu do padrão minimalista de deferência afirmado no precedente *Skidmore* quanto se distanciou dele. *Chevron* fundamentalmente alterou o âmbito da doutrina aplicável às interpretações das agências reguladoras. Enquanto a revisão judicial, em *Skidmore*, é deferente às interpretações levadas a efeito pelas agências reguladoras no tocante aos seus atos autorizadores (enabling act), em *Chevron* ocorreu significativa alteração na extensão da revisão. A deferência *Chevron* estabeleceu uma nova alocação de poder entre cortes e agências reguladoras. Por isso, a *Chevron* é reputada uma decisão evolucionária e revolucionária. É evolucionária porque aplicou e refinou um longo histórico jurisprudencial da Suprema Corte que indicava aos tribunais inferiores seus deveres de deferência às interpretações legais razoáveis alcançadas pelas agências reguladoras. Foi revolucionária porque suprimiu uma ambiguidade

para fornecer às partes a opinião independente dos juízes, e isso significa seu próprio julgamento pessoal, e não deferência à decisão do Executivo, e muito menos ao Executivo quando é uma das partes (HAMBURGER, 2014, p. 316). Hamburger defende apenas que os juízes devem usar seus próprios juízos, mas, na verdade, ele não está criticando a doutrina da deferência. Além disso, para responder ao argumento de Hamburger, os juízes aplicam um padrão mais generoso de revisão em deferência, mas somente depois de fazer uma determinação legal “independente” de que as características da regulamentação ou adjudicação da agência se qualificam para esse padrão.

Vale citar a convincente “ficção jurídica” do Justice Scalia para justificar a doutrina *Chevron*: a ambiguidade jurídica é como qualquer comando textual em um estatuto que um tribunal é obrigado a seguir e interpretar adequadamente (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, p. 72-3). Em casos de deferência, o tribunal interpretou a ambiguidade como um sinal para o arbítrio da agência, em vez de princípios com um significado juridicamente determinável pelo tribunal. Hamburger evita confrontar a “ficção legal” do *Justice Scalia*, assim como precedentes do Direito Administrativo.

Hamburger parece confundir-se em sua crítica, por exemplo, na questão não mencionada por ele da doutrina das *major questions* (VERMEULE, 2015; SEM AUTOR, 2015-2016).<sup>20</sup> Apesar de toda a sua inconsistência e incoerência, as *major questions* sustentam o papel jurisdicional expansivo que Hamburger sugere que os tribunais renegaram e que deve ser recuperado. Dificilmente parece ser o fim do autogoverno democrático dizer que as agências gozam de livre domínio no seu âmbito de atuação, se seu poder é apenas compreendido como preenchimento de lacunas.<sup>21</sup> Poder-se-ia responder que as *major questions* e outras restrições geralmente são exceções, e não a regra (GERSEN; VERMEULE, 2016, p. 1355-406).<sup>22</sup>

---

jurídica substancial presente numa série de doutrinas que, no passado, autorizaram tribunais a reverter interpretações das agências. Quando *Chevron* é aplicável, as cortes revisoras não mais avaliam, ao estilo *Skidmore*, se e quando se deve ser deferente à interpretação administrativa.” Almeida, Maíra. ESTADO ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO CONTEMPOR NEO: transformação permanente, diálogos de poderes e perspectivas simbióticas entre teorias e casos. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, páginas 188 - 189.

<sup>20</sup> A doutrina das *Major Questions* constituem a mais recente doutrina de interpretação estatutária sobre a alocação entre os Poderes Executivos e Judiciário e é aprofundada em Almeida, Maíra. ESTADO ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO CONTEMPORÂNEO: transformação permanente, diálogos de poderes e perspectivas simbióticas entre teorias e casos. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, páginas 206- 240.

<sup>21</sup> Conforme julgado pela Suprema Corte no caso *Long Island Care v. Coke*, 551 U.S. 158, 162-63 (2007).

<sup>22</sup> Os autores defendem que se vive na era da deferência comparativa da *Baltimore Gas & Electric*, e não do *hard look review* de *State Farm*.

No entanto, a tese da ossificação parece ainda descrever algo que repercute na atuação das agências (YACKEE; YACKEE, 2012, v. 80, p. 1414-53)

### 3. O DIREITO ADMINISTRATIVO LIBERTÁRIO COMO RESULTADO DO COMPROMISSO ADMINISTRATIVO

Em *Libertarian Administrative Law*, os professores Vermeule e Sunstein argumentam que uma tendência libertária emergiu nas decisões administrativas do *D.C. Circuit*, o que levanta dois grandes problemas. Primeiro, o Direito Administrativo não pode suportar qualquer compromisso com a teoria política. Os autores defendem que o principal metaprincípio do Direito Administrativo é não possuir um único princípio teórico norteador (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v.82, p. 471). Segundo, o Direito Administrativo está comprometido com a fidelidade aos estatutos reguladores, a regularidade processual e a tomada de decisão não arbitrária (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v.82, p. 501). Ao perseguir sua agenda libertária, o *D.C. Circuit* distorceu ou ignorou a doutrina administrativa estabelecida.<sup>23</sup> As ofensas do tribunal são, portanto, duplas, ofendendo o “metaprincípio” básico e as doutrinas operantes do Direito Administrativo. No âmbito processual, o tribunal também violou normas mais gerais, como o respeito por um sistema judicial hierárquico e a contenção judicial.

Este artigo avalia dois componentes do argumento de Sunstein e Vermeule, sua caracterização do Direito Administrativo libertário e o “metaprincípio mestre” do Direito Administrativo, diante das discussões de como as preferências libertárias de um pequeno subconjunto de juízes podem ter um impacto duradouro (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 82, p. 409). Serão apresentadas críticas com relação à sua ambiciosa explicação de que o libertarianismo englobou-se significativamente na doutrina do Direito Administrativo (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v.82, p. 465). Além disso, embora o “metaprincípio” de Sunstein e Vermeule seja atraente, como seria possível justificá-lo? E como esse metaprincípio pode se proteger das influências políticas no desenvolvimento do Direito Administrativo?

Diante da preocupação com uma tendência criada por juízes no *D.C. Circuit* para importar uma agenda política desreguladora em decisões de Direito Administrativo, identifica-se o “Direito Administrativo libertário” como estando em conflito com o precedente da Suprema Corte. Sunstein e Vermeule deslegitimam os esforços dos juízes *D.C. Circuit* em transformar radicalmente o alcance atual do Estado Administrativo por meio da força de suas preferências políticas.

---

<sup>23</sup> Nas palavras de Sunstein e Vermeule: “The main problem with libertarian administrative law is that it lacks sufficient respect for existing law, including, emphatically, controlling precedents of the Supreme Court”. SUNSTEIN, Cass.; VERMEULE, Adrian. *Libertarian Administrative Law*. *University of Chicago Law Review*, v. 82, p. 400, 2015.

Em que pese a importância da contribuição dos autores, o presente tópico discutirá duas das limitações do Artigo. Primeiro, a força da narrativa é silenciada pelo fato de que o objeto de crítica dos autores é tanto marginal quanto recuado. Enquanto os autores levantam essa possibilidade, a força da narrativa pode ser mais problemática para o argumento deles do que de fato reconhecem. Segundo, o enfoque do Artigo na concepção de revisão de racionalidade fraca do Direito evita a possibilidade de confronto entre os proponentes do Direito Administrativo libertário em seus próprios termos, por meio de uma análise histórica que desafiaria sua concepção particularmente forte do direito.

Em termos inequívocos, os autores defendem que a Suprema Corte rejeite os esforços do *D.C. Circuit* de nortear a política em direções libertárias (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 398). Se o argumento jurídico move as pessoas principalmente por meio de apelos ao medo, a tentativa dos autores de transmitir o medo de uma formulação de política judicial contramajoritária é minada pelo alcance e direção da tendência que descrevem. Quanto ao seu escopo, o Artigo identifica apenas três ou quatro juízes em um tribunal de apelações que defende o Direito Administrativo libertário. A obra ainda descreve numerosas decisões de compensação que corrigem as inovações doutrinárias libertárias do *D.C. Circuit*. No âmbito do Direito Empresarial, a decisão do *American Meat Institute* oferece uma correção necessária para a fusão da Primeira Emenda com o Direito Administrativo libertário (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 427). No que diz respeito à revisão da arbitrariedade, o *Institut Investment Co.* apresenta uma tolerância de regulação sob condições de incerteza que é totalmente estranha ao seu antecessor (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 451). Perez modificou enfaticamente o precedente de *Paralyzed Veterans*;<sup>24</sup> e, após a publicação do artigo, a Corte fez o mesmo com a *Amtrak I*.

Até a lição de *Hettinga* é mista. A conclusão do juiz Brown faz um apelo radicalmente antidemocrático pela reanimação de uma doutrina de proteção igualitária que foi completamente desacreditada desde a Era *Lochner*.<sup>25</sup> Os juízes

<sup>24</sup> Embora Perez seja análogo a Vermont Yankee ao rejeitar a adição de procedimentos de common law aos requisitos do APA, é menos óbvio que a doutrina dos Paralyzed Veterans tenha necessariamente uma direção libertária. Conceitualmente, a regra tem um grau de neutralidade. Mas não está claro por que os autores acreditam que falta essa neutralidade na prática. Pode-se afirmar com confiança que as entidades reguladas têm mais em risco quando as regras interpretativas são alteradas apenas quando se pode esperar que as regras sejam alteradas numa direção pró-reguladora ou durante as administrações democráticas. Durante as administrações republicanas, outros grupos constituintes, como ativistas ambientais, consumidores e trabalhadores informais, podem ter mais em jogo do que as entidades regulamentadas quando as regras interpretativas são alteradas, presumivelmente de regulador para desregulamentação. SUNSTEIN, VERMEULE, 2015, v.41, p. 429-33.

<sup>25</sup> O período *Lochner* é marcado pela atuação de uma Suprema Corte judicialmente ativista e juridicamente conservadora. Tal atuação da Corte tem início em 1897 e fim em 1937, com o New Deal. Vide SUNSTEIN, Cass. *Lochner's Legacy*. *Columbia Law Review*, New York, v. 87, p. 873-919, 1987.

descartam a urna como insuficientemente protetora dos direitos econômicos, devido à influência de “grupos poderosos” e, notoriamente, porque os norte-americanos “crescem viciados em redistribuição” de tal modo que “exigem do Estado para alimentar seu hábito”.<sup>26</sup> A opinião dedica pouco esforço para disfarçar o legalismo do desejo político dos juízes de constitucionalizar sua teoria econômica preferida. Rotular adversários políticos como “facções” e “pilhadores” não é argumento de processo político, mas o lamento de membros de um grupo diferente cujas ideias são menos populares do que aquelas que venceram.

E, no entanto, uma outra leitura poderia concluir que Hettlinga demonstra exatamente o oposto do perigoso ativismo judicial libertário. Os próprios juízes que Sunstein e Vermeule destacam por sua conveniência política são capazes de demonstrar uma extraordinária contenção judicial em face de suas crenças profundamente arraigadas. Afinal, o “manifesto do Direito Administrativo libertário” ocorre apenas na concordância, enquanto a opinião da maioria rejeita com firmeza e facilidade o desafio. Opiniões concordantes têm sido muito influentes, e são justas para críticas. Mas também parecem ser ocasiões apropriadas para os juízes expressarem ideias “fora da caixa” e se manifestarem por mudanças na lei, desde que o tribunal continue a seguir a lei existente em sua opinião majoritária.<sup>27</sup>

A teoria de Sunstein e Vermeule explica as tendências negativas acima mencionadas. Essas “compensações parciais” sustentam seu argumento de que as práticas atuais do *D.C. Circuit* são análogas ao comportamento do Tribunal pré-Vermont Yankee, que o então professor Scalia criticou como tentativas intencionais de evitar a revisão (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 452). Os autores estabelecem “uma explicação diferente para os pontos de dados não libertários, que é estrutural e não estratégica”, os tribunais fazem leis baseadas nos fatos dos casos sob análise, que às vezes não permitem a expressão perfeita dos princípios libertários, e decidem os casos como corpos de vários órgãos, o que requer compromisso (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 412-3).

---

<sup>26</sup> HETTINGA et al., *Appellants v. UNITED STATES of America*, No. 11–5065. D.C. Circuit, 2012.

<sup>27</sup> *American Railroads II* está em contraste e embasa diretamente o argumento do autor. O D.C. Circuit subverte uma repreensão clara da Suprema Corte de sua anterior não delegação libertária, substituindo-a por um devido processo libertário que se mantém igualmente desvinculado da lei existente. O problema não é apenas a confiança do tribunal em um único caso de 1936, *Carter Coal*, de que todos os que tomaram conhecimento da *Con Law* “not survive[d] the many later cases that have upheld delegations of this sort” (683 n. 136). O argumento do processo devido do Tribunal se resume à noção de que não é “justo” dar uma autoridade reguladora de autointeresse sobre seus concorrentes (630). Mas, em uma democracia, perder não é necessariamente injusto, não significa que o sistema seja fraudulento. Por meio do PRIIA, o Congresso decidiu tirar proveito de uma agência especializada para regulamentar uma determinada direção. Não há nada de “injusto”, em relação ao público, decidir apoiar o provedor de um bem público às possíveis despesas marginais dos concorrentes, especialmente quando as portas do Congresso dificilmente estão fechadas para a indústria ferroviária.

Por isso, a presente crítica é limitada. Não é que os autores tenham ignorado nuances nas decisões do *D.C. Circuit* que minariam sua narrativa; ao contrário, sugere-se que a capacidade do Artigo de explicar tanto as direções positivas quanto as negativas no Direito Administrativo libertário torna seu argumento sintonizado com maior precisão às complexidades da tomada de decisão judicial no mundo real e também potencialmente menos útil, como uma teoria preditiva, mas talvez, também, descritiva. Uma vez que se inicia conectando cada um dos “pontos de dados” de “retração” que apontam para longe do Direito Administrativo libertário, uma narrativa diferente emerge, desafiando a noção de que “o movimento em direção a princípios e resultados libertários é inconfundível.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 473) Todos os juízes podem ser influenciados por suas opiniões políticas e estão sujeitos a correção por tribunais superiores quando se afastam muito da lei existente.

Em vez de um mau presságio e desenvolvimento perigoso no *D.C. Circuit*, os autores podem estar descrevendo a atividade comum da revisão judicial em um sistema judiciário hierárquico. Não é imediatamente óbvio que esse processo em si – dos tribunais ocasionalmente forçando os limites de interpretações jurídicas razoáveis por meio de raciocínio jurídico público escrito, sujeito a críticas e, em última análise, a descrédito – seja necessariamente indesejável do ponto de vista da teoria institucional ou democrática. É possível que a criatividade nos tribunais inferiores possa ser mais protetora do processo político ou de direitos que valham a pena em desconsiderar a opinião pública do que a doutrina existente permite. Se as opiniões outrora marginais se tornarem autoritárias por meio da pura persuasão de seu raciocínio, talvez então seja para melhor.<sup>28</sup> Ou talvez não.

No entanto, a crítica de que as inovações são normativamente indesejáveis seria mais persuasiva para aqueles que adotam uma concepção forte do Direito se ela fizesse mais que mostrar que as inovações são inconsistentes com o Direito existente. As críticas à revisão de racionalidade fina perdem seu estímulo para juízes libertários que acreditam que a doutrina existente não consegue conciliar o Estado Administrativo com a Constituição. A descrição do artigo do APA como um grande compromisso sem nenhum valor geral e sistêmico que possa ser explicado em termos de qualquer teoria política identificável serve como apoio originalista ao seu argumento de que o Direito Administrativo libertário não compreende o Direito (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 465), mas também esboça o início de uma teoria forte para o motivo pelo qual a lei atual não deve ser substituída ou radicalmente reinventada. Acredita-se que essa teoria seja mais ou menos o seguinte: como produto de um compromisso entre apoiadores e oponentes do *New Deal*, o APA “produziu um conjunto de regras que, de fato, conciliam e ajustam considerações transversais” que “giram em torno do Estado Administrativo”

<sup>28</sup> Embora muitas mudanças na sociedade tenham contribuído para a decisão da *Obergefell v. Hodges*, uma vez que os argumentos de proteção e de processo equitativos proporcionados pelos tribunais inferiores sem dúvida desempenharam um papel no fornecimento de um modelo para o Tribunal.

(SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 466-8). Essas considerações incluem o desejo de responsabilizar os burocratas perante o povo, mas também o de dar efetividade à vontade do Congresso, incluindo o desejo deste de regular problemas sociais complexos por meio de uma administração especializada. Em certo sentido, a legitimidade do APA espelha a própria Constituição. Formado por meio de um processo de compromisso, nenhum dos lados deve esperar ser totalmente satisfeito, mas o documento governante que resultou trazia desentendimentos duradouros.

### 3.1. O “metaprincípio mestre” do direito administrativo

Sunstein e Vermeule defendem que o metaprincípio do Direito Administrativo é que não possui um único princípio teórico primário (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 471). O Direito Administrativo compromete-se com a fidelidade aos estatutos reguladores, a regularidade processual e a tomada de decisão não arbitrária. O metaprincípio é expresso em casos canônicos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 501), e, em última análise, o enraizam na história e no princípio do APA. Para os autores, os materiais existentes resistem fortemente à imposição de qualquer visão política particular e controversa, e a razão é simples: o Direito Administrativo norte-americano é fundamentalmente um compromisso. O próprio APA reflete um compromisso entre os *new dealers*, entusiasmados com o surgimento de novas instituições reguladoras e com os críticos do *New Deal*, buscando fortalecer os controles processuais e judiciais sobre essas instituições (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 464). Sunstein e Vermeule citam a dramática passagem da abertura de Vermont Yankee pelo *Justice Rehnquist*, sobre como a aprovação do APA em 1946 foi a solução de contendas persistentes e duramente combatidas sobre as quais forças políticas e sociais opostas se instalaram.

A fidelidade aos estatutos reguladores, a regularidade processual e a tomada de decisão não arbitrária (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 501) são os compromissos primários do Direito Administrativo, e o APA estabelece essas regras básicas. Além disso, tais compromissos são incompatíveis com o regime que tem uma orientação política específica. A fidelidade aos estatutos exige que as agências cumpram os mandatos legislativos de vários partidos políticos ou as horas extras das teorias de políticas. Nem é o mero fato de regulamentação administrativa expressiva de uma orientação política, ou seja, um “antilibertarianismo”.

A confiança de Sunstein e Vermeule na origem histórica do “compromisso” do APA parece, no entanto, ineficaz para justificar e salvaguardar a orientação apolítica do Direito Administrativo. Certamente, a história do “compromisso” do APA evidencia que o regime do Direito Administrativo deveria ser apolítico, pelo menos originalmente. Se a história do Direito Administrativo, incluindo a evolução doutrinária do APA, exprime alguma norma, é que o regime jurídico-administrativo priorize a atualização dinâmica de suas exigências sobre a

obediência às exigências originais.<sup>29</sup> Esse dinamismo está embutido no APA e oferece regras flexíveis e adaptáveis para regularizar a formulação de políticas, à medida que surgem necessidades diversas de formulação de políticas. Consequentemente, a jurisprudência do APA evoluiu para adaptar-se a essa diversidade de cenários de formulação de políticas,<sup>30</sup> no contexto de deferência, de adequar a deferência à variedade. De fato, mesmo Sunstein e Vermeule observam que o Direito Administrativo poderia tornar-se cada vez mais libertário por meio de uma mudança em grande escala do regime jurídico (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, v. 41, p. 468).

Como pode um metaprincípio de que o Direito Administrativo não tem um princípio mestre teórico para realmente se defender das influências politizadoras judiciais? Esse metaprincípio deve estar enraizado no próprio Direito, e ele se dá por meio de casos como *Chenery II*, *Whitman*, *State Farm*, *Perez* e do próprio APA, os quais exigem, de diferentes maneiras, que a revisão judicial siga fielmente o Legislativo. Mas será que inferir tal norma nesses casos e um estatuto processual flexível é suficiente para proteger a orientação apolítica do Direito Administrativo? Afinal, o Direito Administrativo não tem uma “constituição” duradoura que proteja seus compromissos fundamentais. Nem a Suprema Corte, por exemplo, em decisões recentes rejeitando *Paralyzed Veterans* em *Perez* ou *American Railroads*, realmente reprovou o *D.C. Circuit*.

#### 4. O ESTADO ADMINISTRATIVO NO ENFRENTAMENTO DO COVID-19

A atualização dinâmica das exigências do regime jurídico administrativo e dos compromissos firmados no APA a fim de regularizar a formulação de políticas e possibilitar a mudança tornam-se especialmente palpáveis em cenários de crise, em que as lacunas se multiplicam. Considerando isso, tendo em vista que o modelo de Estado Administrativo se apresenta inerentemente dinâmico, merecendo acompanhamentos da sua concretização a todo momento, esse trabalho tem a pretensão de analisar as configurações dos seus sentidos no contexto da pandemia da Covid-19 nos Estados Unidos, que vem suscitando um dilema sobre seus rumos na medida em que vem impulsionando a adoção de políticas consequencialistas a partir de informações limitadas.

Nesse momento, a compreensão do poder das agências pelo preenchimento de lacunas torna-se especialmente relevante com a imposição de um importante sopesamento na tomada de decisão entre os benefícios da adoção de políticas anti contágio e seus custos sociais e econômicos. Qualquer que seja o resultado dessa conta, em alguma medida vai requerer a adoção de comportamentos em larga

---

<sup>29</sup> Por exemplo, as observações do professor Scalia sobre como o próprio Vermont Yankee é um desvio do compromisso original do APA. Além disso, ele argumenta que se deve afastar-se dele e reinterpretar o APA mais propositalmente para lidar com realidades de ação de agência, não imaginadas em 1946. Vide Capítulo 2.

<sup>30</sup> Por exemplo, os embelezamentos “permissíveis” dos requisitos do APA que não violam Vermont Yankee e Perez.

escala e, conseqüentemente, o alinhamento de comportamentos humanos com as recomendações sanitárias. Para esse fim, o papel desempenhado pelo alinhamento de discursos institucionais é fundamental e a transformação do Estado Administrativo a partir da superação de dificuldades do Executivo se mostra inevitável.

Sob dois diferentes aspectos, a coerência de discursos afeta a concretização dos objetivos das normas. Em primeiro lugar, do ponto de vista formal, a segurança em relação à diretriz adotada pelas instituições tem por consequência comportamentos mais certos em direção ao padrão estabelecido; e, em segundo lugar, do ponto de vista do significado social da unidade dos discursos, o estímulo gerado pelas ações concretas das lideranças corroboram com a mudança nos padrões de relacionamento (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1973).

Por essas razões, o fortalecimento da comunicação coerente entre a burocracia estatal e a sociedade constitui o processo de efetivação normativa. É nesse contexto que se insere uma importante iniciativa da administração pública norte americana com relação à transparência que corrobora a percepção do direito administrativo norte americano como um compromisso. Trata-se da criação, em 1938, do *Code of Federal Regulation* (CFR) enquanto ferramenta possibilitadora do acesso a toda produção normativa federal em um único documento de forma agregada, uniformizada e sistematizada.

O seu surgimento coincide, não acidentalmente, com o período de implementação da série de programas do *New Deal*. O projeto, assim como o APA, constitui uma das formas de fundamentação e legitimação do Estado Administrativo norte americano que então ganhava espaço. Essa estratégia está contida no plano de supervisionamento da administração pública em expansão após o período da Grande Depressão.

O CFR reúne todos os atos normativos editados pelas agências e departamentos do poder executivo federal e, atualmente, possui uma versão virtual, o *Electronic Code of Federal Regulation* (e-CFR)<sup>31</sup>, diariamente atualizada. Inicialmente, quando das primeiras edições do CFR (1938), a publicação era física e atualizada de cinco em cinco anos. A partir de 1967, a revisão, ainda física, passa a ser anual. Somente em 1993, com a aprovação do GPO *Electronic Information Access Enhancement Act* (*Public Law 103-40*)<sup>32</sup>, o acesso às informações do Governo Federal se torna eletrônico. Por fim, em 2014, o código toma a forma que tem hoje a partir da aprovação da *Federal Register Modernization Act* (*H.R. 4195; 113th Congress*)<sup>33</sup>, que estabeleceu a atualização diária, exceto aos feriados federais, em plataforma digital.

---

<sup>31</sup> Disponível através do link: <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/ECFR?page=browse> Acesso em 07/07/2020.

<sup>32</sup> Disponível através do link: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/senate-bill/564> Acesso em 13/07/2020.

<sup>33</sup> Disponível através do link: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/4195> Acesso em 13/07/2020.

Atualmente, o CFR é composto por 50 capítulos que unificam normas de diversos setores e áreas do Estado Regulador. Cada capítulo coaduna normas sobre um determinado tema ou ponto regulatório, como educação, defesa nacional, energia, transportes, dentre outros. Assim, a simplificação e racionalização da produção normativa do país, promovida pela ferramenta, contribui para promoção de um ambiente de maior transparência e segurança jurídica a essa atividade estatal, sem retirar, contudo, sua complexidade.

As plataformas de sistematização informacional são simbólicas na perspectiva dialógica da democracia e, em especial neste caso, para a legitimação do Estado Administrativo estadunidense. O compromisso com a facilitação do acesso aos dados e eficiência nas respostas às comunicações é particularmente útil para o engajamento popular nos projetos que buscam mudar comportamentos.

No caso de desastres naturais, como pandemias, que exigem um esforço coletivo no enfrentamento, a capacidade de administrar planos e executar respostas se relaciona diretamente com a capacidade de coordenação de ações, a começar pelo plano institucional. Nesses momentos, o arranjo pré existente é de grande relevância e contribuirá sobremaneira para a conformação comportamental.

Em estudo publicado pelo *Behavioural Insights Team (BIT)*<sup>34</sup> sobre a aplicação de insights das ciências comportamentais às políticas públicas, o grupo de especialistas destaca a relevância da simplicidade, atratividade, facilidade e oportunidade nas comunicações para a consecução de objetivos sobre mudanças de comportamentos. Chama atenção a influência exercida pelo desenho dos arranjos na construção de significados sociais produzidos pelas normas.

Ao resultado desses significados dá-se o nome de *social norms* (SUNSTEIN, 1996), entendidas, para as finalidades deste trabalho, como atitudes sociais de aprovação e desaprovação, especificando o que deve e o que não deve ser feito a partir de regras habituais de comportamento, que regulam as interações com os outros. O papel das instituições na construção dessas normas é gerar confiança e, assim, influenciar na percepção do risco e gerenciamento da complexidade das decisões tomadas pelas autoridades.

É exatamente esse o ponto de convergência entre a plataforma digital de comunicação do governo e a identidade do Estado Administrativo norte-americano: os objetivos do “metaprincípio mestre” do Direito Administrativo. O fortalecimento da comunicação integrada incrementa a segurança quanto à regularidade dos processos adotados, quanto à adequada consecução das finalidades dos estatutos reguladores e quanto à não arbitrariedade nas orientações das decisões.

Em especial no contexto de incertezas, como o presente, sob o estado de emergência em saúde pública em decorrência da pandemia da Covid-19, o papel da comunicação institucional deve ser destacado como uma característica

<sup>34</sup> The Behavioural Insights Team. EAST: Four simple ways to apply behavioural insights. 2015. Disponível em: [https://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST\\_FA\\_WEB.pdf](https://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST_FA_WEB.pdf) Acesso em 08/07/2020.

fundamental à estabilidade da ordem constitucional<sup>35</sup>. O Diretor Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, alerta sobre os riscos de uma “infodemia”<sup>36</sup>, termo correspondente à uma epidemia global de desinformação que se propaga nos meios de comunicação, podendo agravar o problema da saúde pública.

Com vistas a combater esse fenômeno, após a organização ter declarado Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional, a equipe de comunicação de risco da OMS lançou uma nova plataforma de informação chamada *WHO Information Network for Epidemics (EPI-WIN)*<sup>37</sup> com o objetivo de usar uma série de amplificadores para compartilhar informações personalizadas com grupos-alvo específicos. Isso porque, segundo a organização, a dimensão “infodêmica” deve ser considerada um pilar de uma abordagem integrativa da saúde pública.

Através da plataforma é possível ter acesso a informações oficiais atualizadas acerca do que se tem conhecimento até o momento sobre a Covid-19, à linha do tempo das principais ameaças infecciosas no século XXI, explicações sobre como se proteger de informações falsas, orientação sobre comunicação de riscos e envolvimento da comunidade, divulgação de informações sobre mitos frequentemente propagados na mídia e, ainda, conselhos de viagem durante a pandemia.

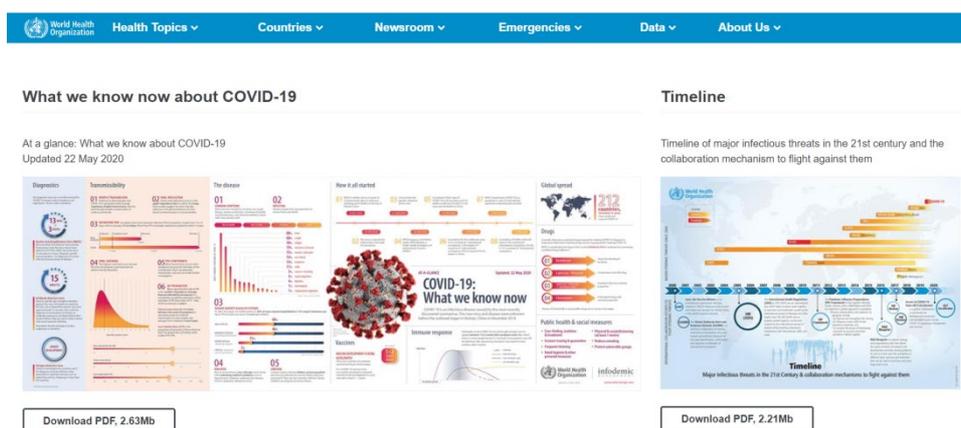
Além disso, as informações também podem ser visualizadas por grupo de interesse (divisão feita entre Países; Indivíduos e comunidades; Empregadores e trabalhadores; Cidades e governos locais; Setor de saúde; Setores de alimentos e agricultura; Setor de viagens e turismo; Organizações baseadas na fé e líderes

---

<sup>35</sup> Neste sentido, importante a reflexão sobre a instabilidade do sistema constitucional: “A atividade do sistema constitucional depende das propriedades de sua Constituição. Evidentemente, isso dependerá das propriedades de todos seus componentes, bem como das propriedades emergentes que caracterizam o próprio sistema. As propriedades da Constituição, entretanto, são ainda mais determinantes para a manutenção do sistema e de sua dinâmica própria. Com isso, o modelo que ora se pretende sustentar — a Constituição Sistêmica — representa as propriedades indispensáveis para que uma Constituição, no interior de seu sistema, garanta um e” ALMEIDA, Maíra; BOLONHA, Carlos.; RANGEL, Henrique. *A Proposta de uma Constituição Sistêmica*. Nomos (Fortaleza), v. 34, 2014, pág. 22.

<sup>36</sup> ZAROCOSTAS, John. How to fight an infodemic. *Lancet* 395, 676 (2020). Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30461-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30461-X/fulltext) Acesso em 09/07/2020. “Infodemia” foi o termo cunhado por Tedros Adhanom Ghebreyesus na Conferência de Segurança de Munique em 15 de fevereiro de 2020 para se referir à rápida disseminação em larga escala da desinformação, ou seja, de boatos, principalmente através de plataformas de mídia social. Segundo as autoridades entrevistadas, a relevância da desinformação no presente contexto é o alcance e impacto que a adequada instrução é capaz de exercer pela mitigação dos efeitos da Covid-19.

<sup>37</sup> Disponível em <https://www.who.int/teams/risk-communication> Acesso em 10/07/2020.



Fonte: <https://www.who.int/teams/risk-communication> em 09/07/2020

religiosos e Grandes organizadores de eventos), de modo a facilitar o acesso e a compreensão da informação de forma abrangente e dinâmica.

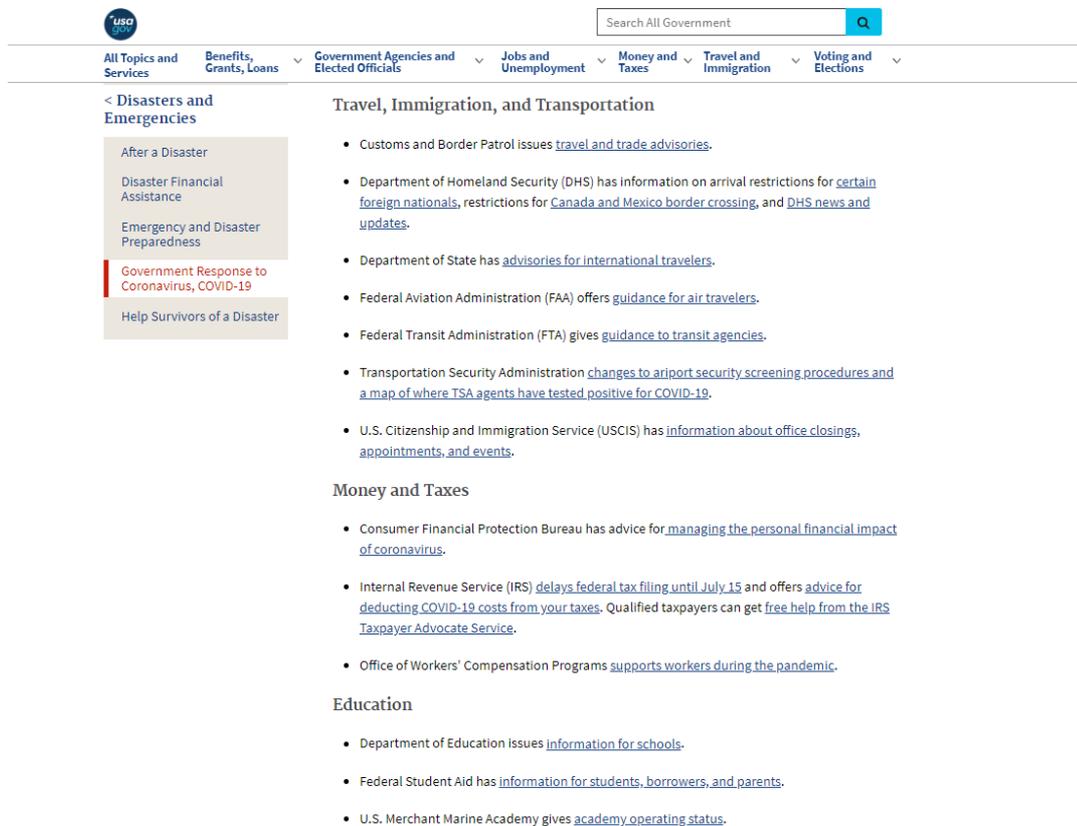
Assim como as medidas descritas anteriormente, a plataforma da OMS contribui para a percepção e compreensão da racionalidade da norma. A grande disponibilidade de informações pode gerar confusões acerca da confiabilidade das fontes. Por essa razão, a centralização dos dados é fundamental para a orientação consistente, capaz de promover a internalização das motivações das políticas e estratégias adotadas pelas instituições.

É nesse contexto que se insere uma importante medida adotada pelo Estado norte americano no enfrentamento da crise da Covid-19 quando da criação de uma plataforma de acesso à informação direcionada exclusivamente às respostas institucionais à pandemia. Trata-se da base de dados integrada [www.usa.gov/coronavirus](http://www.usa.gov/coronavirus).

A plataforma, voltada ao novo coronavírus, alocada no site do governo federal norte americano, é alimentada com informações de medidas adotadas administrativa e judicialmente em âmbito federal e estadual, considerando que cada estado gerencia sua própria resposta à pandemia. Dessa forma, em âmbito estadual, a plataforma sinaliza individualmente, por estado, o site de cada departamento de saúde onde podem ser obtidas informações, recursos e orientações mais recentes sobre respostas institucionais ao novo coronavírus.

Em âmbito federal, a categoria da resposta é dividida de acordo com as áreas afetadas (Saúde e Segurança; Viagem, Imigração e Transporte; Educação; Dinheiro e Impostos; Golpes e Fraudes; Benefícios e Subsídios; Habitação; Atualizações de status de edifícios federais e parques nacionais; Votação e Eleições; Comunicações; Negócios; Cooperação internacional; Segurança cibernética; e Força tarefa federal),

redirecionando posteriormente para o site da instituição competente dentro do assunto de interesse.



The screenshot shows the USA.gov website with a search bar at the top right containing the text "Search All Government". Below the search bar is a navigation menu with categories: "All Topics and Services", "Benefits, Grants, Loans", "Government Agencies and Elected Officials", "Jobs and Unemployment", "Money and Taxes", "Travel and Immigration", and "Voting and Elections". The main content area is divided into sections: "< Disasters and Emergencies" (with sub-items like "After a Disaster", "Disaster Financial Assistance", "Emergency and Disaster Preparedness", "Government Response to Coronavirus, COVID-19", and "Help Survivors of a Disaster"), "Travel, Immigration, and Transportation" (with a list of links to advisories and information from DHS, State, FAA, FTA, TSA, and USCIS), "Money and Taxes" (with links to financial impact advice, tax filing delays, and workers' compensation), and "Education" (with links to school information, student aid, and merchant marine academy status).

Fonte: <https://www.who.int/teams/risk-communication> em 09/07/2020

Especificamente com relação à administração pública, encontra-se disponível uma aba reservada às respostas das Agências Federais à Covid-19<sup>38</sup>. A divisão é feita, novamente, por assuntos e não por entidades, de modo a facilitar o acesso à informação na perspectiva conjuntural.

No caso do Poder Judiciário, são disponibilizadas informações sobre diferentes tipos de tribunais nos âmbitos dos estados, municípios e condados. No âmbito estadual, as informações se subdividem entre as bases de dados dos governos e tribunais estaduais. No primeiro caso, a página redireciona o usuário ao site de cada governo e, no segundo caso, o acesso aos dados é facilitado através de uma outra plataforma integrada, denominada *National Center for State Courts*<sup>39</sup>, na qual é facilitada a obtenção de informações de contato abrangentes com links para sites específicos.

<sup>38</sup> Disponível através do link: <https://www.usa.gov/government-coronavirus-response> Acesso em 07/07/2020.

<sup>39</sup> Disponível através do link: <https://www.ncsc.org/information-and-resources/state-court-websites> Acesso em 07/07/2020.

No âmbito dos condados e municípios, as informações ficam disponíveis em uma outra plataforma, denominada *National Association of Counties*<sup>40</sup>, encarregada da facilitação do acesso à informação através da centralização dos dados. No site é possível encontrar informações sobre a forma de organização das regiões, dados sobre o cenário de expansão do novo coronavírus em cada lugar, comparações, mapas e perfis de *advocacy*.

Através do website [www.usa.gov/coronavirus](http://www.usa.gov/coronavirus) é possível identificar nitidamente a interação positiva entre os poderes no enfrentamento da crise de saúde pública. A sua relevância consiste no fortalecimento da liderança promovida através de declarações públicas claras e coerentes. Isso porque, na perspectiva da ciência comportamental, a comunicação pública das informações cria novos conhecimentos comuns e esse é um importante fator a ser explorado.

## V. CONCLUSÃO

Quando colocadas em perspectiva, as respostas institucionais à pandemia da Covid-19 refletem a reafirmação dos compromissos firmados no APA e o protagonismo que as agências vêm ganhando no contexto do Estado Administrativo norte americano. Por outro lado, o comportamento das demais instituições perante a atuação administrativa forte refletem ainda uma dinâmica harmônica entre os poderes na manutenção desse padrão de interação. Esse desenvolvimento aparece enquanto resposta aos ambientes de políticas em rápida mudança, tornando decisões administrativas inevitáveis ante a complexidade do momento.

Foi analisado para tanto o modelo de Estado Administrativo a partir da crítica à sua legalidade, legitimidade e constitucionalidade por autores como Philip Hamburger e Garry Lawson, que concebem na sua operacionalização a violação de poderes e a imposição de uma nova prerrogativa que não é passível de nenhum mecanismo de verificação. No entanto, a questão é superada na presente pesquisa a partir da perspectiva Vermeuleana e Sunsteiniana de Estado Administrativo como um metaprincípio de ser fundamentalmente um compromisso com limitações estabelecidas pelos poderes Legislativo e Judiciário.

Isso é demonstrado pragmaticamente no enfrentamento do Covid-19. As respostas institucionais sinalizam o diálogo e cooperação entre o Poder Executivo e Judiciário na produção de uma orientação consistente capaz de influenciar na percepção do risco e gerenciamento da complexidade das decisões tomadas pelas autoridades. Por se tratar de típico ambiente de incerteza, as lacunas no ordenamento jurídico se amplificam e, conseqüentemente, o papel desempenhado pelas agências se fortalece.

Assim, a liderança assumida pelo Executivo nesse contexto se apresenta não como uma afronta à separação de poderes, mas inevitável ante as demandas públicas. Ainda, os casos trazidos a título de ilustração no presente artigo

<sup>40</sup> Disponível através do link: <https://ce.naco.org> Acesso em 07/07/2020.

corroboram com a afirmação de que os poderes recebem bem esse arranjo com o protagonismo do Poder Executivo.

A propriedade administrativa do Estado, nesse sentido, vai marcar o protagonismo alcançado pela administração pública enquanto resposta a problemas que tensionam o ordenamento jurídico, de modo que o seu desenvolvimento decorre de necessidades concretas do Estado e da sociedade. Esse dinamismo reflete a ideia da existência de uma priorização do regime jurídico administrativo da atualização dinâmica de suas exigências sobre obediência às exigências originais.

## REFERÊNCIAS

Almeida, Maíra. **ESTADO ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO CONTEMPORÂNEO: transformação permanente, diálogos de poderes e perspectivas simbióticas entre teorias e casos.** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.* **New Haven: Yale University Press, 1962.**

BOLONHA, Carlos.; RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Maíra. A Proposta de uma Constituição Sistêmica. **Nomos** (Fortaleza), v. 34, p. 13-38, 2014.

BREYER, Stephen et. al. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Case.* 7. ed. **New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.**

CHIEM, L. DC Circ. Declines to Reconsider Amtrak Due Process Ruling. **Law360** (Sep. 12, 2016) Disponível em: <<https://www.law360.com/articles/838758/dc-circ-declines-to-reconsider-amtrak-due-process-ruling>>. Acesso em: 30 maio 2017.

ESKRIDGE Jr. William; BAER, Lauren. *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan.* **Yale: Yale Law School Faculty Scholarship Series, 2008, p. 1083-142.**

GERSEN, Jacob; VERMEULE, A. Thin Rationality Review. **Michigan Law Review**, v. 114, p. 1355, 2016.

CRAIG, Paul. The Legitimacy of US Administrative Law and the Foundations of English Administrative Law: Setting the Historical Record Straight. **Oxford Legal Studies Research Paper Series**, 2016.

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

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

MILES, Thomas; SUNSTEIN, Cass. Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron, Chicago: **University of Chicago Law Review**, 2006.

NOTE. Major Question Objections. **Harvard Law Review**, v. 129, p. 2191, 2015-2016.

901

PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron B. Implementation: How Great Expectations in Washington Are Dashed in Oakland. Berkeley: **University of California Press**. 1973.

SCALIA, Antonin. Vermont Yankee: The APA, the D.C. Circuit, and the Supreme Court. **Supreme Court Review**, p. 345, 1978.

SINGER, Joseph. No Freedom without Regulation: The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. **New Haven: Yale University Press**, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. Chicago: **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 147, 2007.

\_\_\_\_\_. Lochner's Legacy. **Columbia Law Review**, New York, v. 87, p. 873-919, 1987.

\_\_\_\_\_. "Social Norms and Social Roles." **Columbia Law Review** 96, no. 4 (1996): 903-68. doi:10.2307/1123430. Acesso em 08 de julho de 2020.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Libertarian Administrative Law. **University of Chicago Law Review**, v. 82, p. 393, 2015.



YACKEE, Jacob; YACKEE, Susan. Testing the Ossification Thesis: An Empirical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950-1990. **George Washington Law Review**, v. 80, p. 1414-53, 2012.

ZAROCOSTAS, John. How to fight an infodemic. *Lancet* 395, 676 (2020).  
Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30461-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30461-X/fulltext) Acesso em 09 de julho 2020.

## REFERÊNCIA DE DIPLOMAS LEGAIS

Electronic Code of Federal Regulations - Disponível em: <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/ECFR?page=browse> . Acesso em 02 de julho de 2020.

*Separation of Powers Restoration Act*, H.R. 4768, 114th Cong., (2016).

## LINKS

FULLER, Jaime. The Rise of the Libertarians — And What it Means for Politics. **The Washington Post** (notícia de 10 de março de 2014). Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2014/03/10/here-a-libertarian-there-a-libertarian-but-will-there-be-libertarians-everywhere-soon/>.

The Behavioural Insights Team. EAST: Four simple ways to apply behavioural insights. 2015. Disponível em: [https://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST\\_FA\\_WEB.pdf](https://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST_FA_WEB.pdf) Acesso em 08/07/2020.

Government Printing Office Electronic Information Access Enhancement Act of 1993 - Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/senate-bill/564> Disponível em: 25 de junho de 2020.

Federal Register Modernization Act (H.R.4195) - Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/4195> Acesso em 10 de julho de 2020.

EPI-WIN: WHO information network for epidemics - Disponível em <https://www.who.int/teams/risk-communication>. Acesso em 02 de julho de 2020.

Federal Agencies Responding to Coronavirus (COVID-19) - Disponível em: <https://www.usa.gov/government-coronavirus-response>. Acesso em 08 de julho de 2020.

State Court Web sites - Disponível em: <https://www.ncsc.org/information-and-resources/state-court-websites>. Acesso em 07 de julho de 2020.

National Association of Counties: County Explorer - Disponível em: <https://ce.naco.org>. Acesso em 01 de julho de 2020.

