

ano 17 - n. 70 | outubro/dezembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-318 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i70
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paraense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada no BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação

The Constitution, institutions and legislative delegations: a case of constitutional mutation

André Cyrino*

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
andre.cyrino@gmail.com

Daniel Capecchi Nunes**

Universidade Federal de Juiz de Fora-Governador Valadares (Brasil)
dcapecchi@globocom

Recebido/Received: 15.04.2017 / April 15th, 2017

Aprovado/Approved: 18.09.2017 / September 18th, 2017

Resumo: A hipótese do presente artigo é a de que as delegações legislativas fazem parte da realidade brasileira pós-1988, sendo compatíveis com a democracia e admitidas pelo Texto Constitucional, cujos sentidos passaram por um processo de mutação. Para comprová-la, o artigo percorrerá três etapas. Na primeira parte, será exposta a interpretação tradicional da doutrina que advoga a impossibilidade das delegações legislativas, no regime da Constituição de 1988, com base no artigo 25 do ADCT, e suas limitações empíricas e normativas. Na segunda parte, o leitor será apresentado ao conceito de mutação constitucional. Por fim, na terceira e última parte, demonstraremos como o surgimento de delegações legislativas no regime constitucional brasileiro se deu pela via de uma mutação, consubstanciada na atuação dos três Poderes. O trabalho se encerra com uma breve conclusão.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CYRINO; André; NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.487.

* Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M) pela Faculdade de Direito de Yale. Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4211264P3>>. E-mail: andre.cyrino@gmail.com.

** Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora – Governador Valadares (Juiz de Fora-MG, Brasil). Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ. Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4315481H5>>. E-mail: dcapecchi@globocom.

Palavras-chave: Constituição. Delegações legislativas. Mutação constitucional. Democracia. Separação de poderes.

Abstract: This paper aims to prove that legislative delegations are part of the Brazilian reality after the 1988 Constitution due to the process of constitutional mutation it underwent, which made these delegations compatible with democracy and admitted by the legal order. The paper is divided in three parts. In the first one, the traditional doctrine that argues the impossibility of legislative delegations under the regime of the 1988 Constitution will be exposed and criticized in its empirical and normative limitations. Next, the reader will be introduced to the concept of constitutional mutation in the living constitution. Finally, we will demonstrate how the emergence of legislative delegation in the Brazilian constitutional regime took place via a constitutional mutation in the living constitution, consubstantiated in the performance of the three branches of power. The work concludes with a brief conclusion.

Keywords: Constitution. Legislative delegations. Constitutional mutation. Democracy. Separation of powers.

Sumário: **1** Introdução – **2** Delegações legislativas como tabu constitucional: a doutrina indelegabilidade e suas limitações – **3** O conceito de mutação constitucional – **4** A mutação constitucional do artigo 25 do ADCT: as competências legislativas do Executivo na democracia – **5** Conclusão – Referências

Quase que por definição, regimes burocrático-autoritários organizam suas relações de poder em favor do Executivo.

Fernando Henrique Cardoso¹

1 Introdução

Tradicionalmente, os regimes autoritários estão fundados no fortalecimento das competências do Poder Executivo, que é transformado em lócus central do domínio político. No caso brasileiro, por exemplo, o funcionamento do regime militar pós-1964 foi estabelecido sobre as bases de um Executivo forte, com atribuições para criar leis, apontar autoridades locais e afastar juízes que julgassem de maneira contrária a seus interesses.

Como reação a esse movimento, criou-se entre os juristas brasileiros, notadamente a partir da Constituição 1988, uma *postura de combate*² contra todo avanço de competências normativas da Presidência da República. A ideia era afastar o risco do autoritarismo e cultivar a democracia e o Poder Executivo não poderia invadir espaços de criação do Direito, que foram reservados ao Parlamento. O tema das delegações legislativas insere-se nesse contexto. Visando a enfraquecer presidentes e fortalecer parlamentares, desenvolveu-se uma forte cultura contrária às delegações legislativas. Elas seriam patologias da ditadura a ser rejeitada. Daí o espírito do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual

¹ CARDOSO, Fernando Henrique. On the Characterization of Authoritarian Regimes in Latin America. In: COLLIER, David (Org.) *The New Authoritarianism in Latin American*. Princeton: Princeton University Press, 1979. p. 41.

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 232.

revogou todas as delegações legislativas existentes, o que implicaria, nessa visão de luta contra o Poder Executivo, um comando para o futuro.

Este artigo apresentará uma tese contrária àquela dos defensores do art. 25, ADCT. A ideia aqui é demonstrar que as delegações legislativas fazem parte da realidade brasileira pós-1988, são compatíveis com a democracia e, especificamente, são admitidas pelo texto constitucional, que passou por um processo de mutação.

Este estudo está dividido em três partes, além da presente introdução. No item 2 será exposta a interpretação tradicional da doutrina que advoga a impossibilidade das delegações legislativas, no regime da Constituição de 1988, com base no artigo 25 do ADCT e suas limitações empíricas e normativas. Em seguida, no item 3, o leitor será apresentado ao conceito de mutação constitucional. Por fim, no item 4, demonstraremos como o surgimento de delegações legislativas no regime constitucional brasileiro se deu pela via de uma mutação, consubstanciada na atuação dos três Poderes. O trabalho se encerra com uma breve conclusão.

2 Delegações legislativas como tabu constitucional: a doutrina da indelegabilidade e suas limitações

O dispositivo [art. 25, ADCT] [...] foi uma clara tomada de posição em relação aos abusos que se praticaram no regime constitucional anterior, e figura como uma espécie de interpretação autêntica do texto constitucional em vigor, em que o próprio constituinte cuidou de remarcar que as delegações não mais seriam toleradas. É possível que ao longo da vigência da nova Carta a doutrina e a jurisprudência venham a acolher entendimento mais flexível [...] Mas qualquer que seja a evolução do tratamento jurídico da matéria, o fato é que serão sempre inconstitucionais, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, as disposições regulamentares produzidas na conformidade de “delegações disfarçadas”, resultantes de leis que meramente transferem ao Executivo o encargo de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas.³

Após a democratização, em 1988, o tema das delegações legislativas no Brasil foi majoritariamente abordado sob uma perspectiva estática da relação entre os

³ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 175-176.

poderes. Segundo essa corrente, ora denominada *doutrina da indelegabilidade*, o Administrador Público, com baixa margem de manobra, está vinculado positivamente à lei formal do Parlamento. A ele seria vedado agir sem autorização legal, como também – por maioria de razão – inovar no ordenamento jurídico, *i.e.*, criar o direito. Existindo essa possibilidade, haveria sério risco de autoritarismo.

Os fundamentos dessa perspectiva podem ser encontrados tanto em uma leitura “purista” da relação entre os poderes quanto no aprendizado histórico das ditaduras latino-americanas, dentro das quais o Executivo sempre foi o espaço de afirmação dos poderes da hora. No Brasil, as duas grandes experiências autoritárias do século XX (1937 e pós-64⁴) são sempre a lembrança bradada quanto aos perigos de concentrar competências no Executivo. Segundo tal visão, os regimes autoritários teriam contribuído:

(...) para o engrandecimento do Executivo pela razão óbvia de haverem simplesmente aniquilado o Poder Legislativo entre 1937 e 1945, e deliberadamente o amesquinhado o Congresso Nacional entre 1964 e 1985.

Mesmo a opção pela manutenção do presidencialismo como sistema de governo, no lugar do parlamentarismo, chegou a ser descrita como fruto do “envolvimento militar” (ilegítimo) na Assembleia Nacional Constituinte.⁵

Na mesma Assembleia Constituinte, o tema das competências legislativas do Executivo catalisou muitas das disputas acerca do papel do Poder Executivo na nova ordem democrática. Por um lado, desejava-se superar o funcionamento arbitrário dos decretos-leis, cuja função, por excelência, era atuar como veículo dos desígnios do regime militar. Por outro lado, ainda era presente o “trauma” da Constituição de 1946, a qual para muitos tinha fracassado, justamente, por prever poucos instrumentos de controle executivo do processo legislativo. Pretendia-se, portanto, procurar um equilíbrio entre os dois universos pretéritos.⁶

Desse processo surgiu um Executivo forte, possuidor de instrumentos como a medida provisória e a lei-delegada para atuar normativamente. No entanto, fora dessas duas hipóteses, a doutrina passou a considerar a atuação normativa de

⁴ Para um quadro geral do surgimento de ambos os momentos autoritários, cf. SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castello*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

⁵ “O exemplo mais impressionante de envolvimento militar na elaboração da Constituição foram as manobras executadas, juntamente com o Presidente da República, visando evitar o que teria sido o primeiro experimento latino-americano de parlamentarismo, ou, o que seria mais provável, de um ‘semipresidencialismo’ [...]”. LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A Transição e a Consolidação da Democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Trad. Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1990. p. 208.

⁶ LIMONGI, Fernando. O Poder Executivo na Constituição de 1988. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Org.). *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 2008, v. 1, p. 23-56.

criação do Poder Executivo contrária aos designios constitucionais, como também incompatível com o próprio ideal democrático.⁷ Para a doutrina da indelegabilidade, o art. 25, ADCT, seria o fundamento constitucional para essa proibição, ao dispor que estariam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da nova Carta, todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem ao Executivo competência assinalada pela Constituição ao Legislativo, sobretudo, se envolvessem ações normativas.⁸ Na síntese de Clèmerson Merlin Clève:

[...] A redação do artigo [25, do ADCT] é eloquente. Se a prática jurídica anterior experimentou a técnica da delegação legislativa atípica, a nova Constituição não mais a tolera. O Constituinte procurou fortalecer a competência normativa do Congresso Nacional. Se os princípios (i) da separação de poderes (art. 2º), (ii) democrático (art. 1º, parágrafo único), (iii) do devido processo legal (art. 5º, LIV) e (iv) da legalidade (art. 5º, II) e universalidade da lei (art. 48), inscritos na Constituição, não forem suficientes para impedir a delegação legislativa, então, o art. 25 do ADCT, certamente, a impedirá. Ora, se o Constituinte revogou, incondicionalmente, as delegações do passado, é porque quer também proibi-las no presente e para o futuro.⁹

Por essas razões, a existência de delegações legislativas colocaria a própria liberdade em jogo e os direitos seriam desprotegidos pelo acúmulo de poderes nas mãos do Administrador Público.¹⁰ A ele só caberia aplicar – e não criar – o direito. Por isso, o Administrador deve seguir o que quis o legislador, figura superior e capaz de alcançar os designios do eleitorado que representa. Os anseios do agente público, portanto, devem ser estreitados por leis que limitem e ditem o próprio sentido da sua vontade. Sua pretensão regulamentar deve, no máximo, ser a *fidel execução da lei* (art. 84, IV, CRFB), o que significa, para essa corrente, nada mais que dar

⁷ Apontando a importância dos momentos autoritários na perspectiva doutrinariamente dominante acerca das delegações legislativas, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 274-276.

⁸ “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie”.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 305-306.

¹⁰ Essa crítica ressoou fortemente na perspectiva dos teóricos políticos latino-americanos voltados a analisar os períodos da transição e da consolidação democrática. Resumindo um pouco o debate, Roberto Gargarella aponta o que, na sua perspectiva, seria uma forte contradição no âmbito das constituições latino-americanas contemporâneas: a existência de um farto elenco de direitos associado a sistemas hiper-presidencialistas de governo. Dessa maneira, a manutenção desses sistemas oriundos de momentos autoritários teria redundado no fechamento da “casa de máquinas” das constituições. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148-171.

operacionalidade¹¹ ao que o legislador, de forma necessariamente maximalista, definiu de antemão.¹²

2.1 A crítica e os pontos cegos

São possíveis inúmeras críticas a essa perspectiva. Para os fins deste artigo, cabe destacar, em síntese, que essa linha de ideias peca: (i) por distorcer suas bases teóricas; (ii) ignorar a vitória de um Estado que muito dificilmente funcionaria sem o Poder Executivo com papel de criação e não de simples aplicação da vontade legislativa; bem como, (iii) o que interessa especialmente a este estudo, por não levar em conta os custos e dificuldades inerentes à formação de uma vontade legislativa exauriente.

Com efeito, a doutrina da indelegabilidade, corolário de um princípio da legalidade forte e de uma noção de separação de poderes utópica, desvirtua boa parte das ideias iluministas que lhe dariam sustentáculo. É que a possibilidade de ação administrativa desvinculada da *lei* – fruto de uma vontade externa do Administrador – foi admitida, mesmo que excepcionalmente, pelos arquitetos das teorias que dariam sustentação a essas teses. É assim que: (i) Montesquieu reconheceu a participação do Poder Executivo no processo de formação da vontade legislativa por meio do poder de veto e sanção, o que torna a lei também produto da vontade da Chefia da Administração Pública; (ii) Locke admitia o poder de prerrogativa, como uma válvula de escape à lei para situações excepcionais; (iii) e até mesmo Rousseau, no extremo, reconhecia na ditadura a possibilidade de ação normativa do monarca como forma de salvação do próprio Estado.¹³

¹¹ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, o grande advogado dessa perspectiva, ao regulamento cabe apenas “produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (*Curso de Direito Administrativo*, 29. ed., p. 343). E mais, segundo o mesmo autor, os regulamentos somente serão consoantes com o princípio da legalidade quando “no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus operandi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados, a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém” (*op. cit.*, p. 366). Outros autores que compartilham da mesma perspectiva são VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Delegação legislativa – A legislação por associações. In: *Revista de Direito Público*, v. 22, n. 90, p. 179-188, abr./jun. 1989; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Poder Regulamentar. In: *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, p. 439-456; ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. In: *Revista Jurídica da PGM-SP*, n. 2, jun. 1996, p. 14 e ATALIBA, Geraldo. Delegação normativa: limites às competências do CMN e BACEN. In: *Revista de direito público*, v. 24, n. 98, p. 50-69, abr./jun. 1991.

¹² Vale dizer: nessa linha de raciocínio, o regulamento nada mais é do que um instrumento de concretização estrita das opções legislativas, que devem ser claras e detalhadas. Jamais será um instrumento de delegação, mas um elemento mecânico de execução.

¹³ Para essa análise crítica das origens clássicas da legalidade administrativa, destacando as contradições do pensamento liberal, v. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2ª reimpressão, 2011, p. 45-89.

Em verdade, como será explicitado adiante, as delegações são uma prática firme no Direito Administrativo brasileiro. Tão recorrente que sustentar a indelegabilidade legislativa da maneira apaixonada como a linha tradicional revela: (i) ou um nível profundo de insinceridade intelectual, acompanhada de uma pretensão de mudança impossível da realidade pelas vias institucionalizadas, ou (ii) uma busca de um modelo de Estado mínimo incompatível com os desígnios do constitucionalismo contemporâneo.

A doutrina da indelegabilidade desconsidera as (in)capacidades institucionais do Poder Legislativo e dá pouco peso às potencialidades democráticas e técnicas da Administração Pública na promoção de necessidades coletivas. Isso fica ainda mais claro quando se verifica que os advogados dessas teses não avaliam as implicações das suas pretensões no funcionamento da democracia presidencial brasileira. Eis o ponto que queremos destacar. Sem se debruçar sobre o *modus operandi* dos poderes políticos no processo de delegação, a doutrina da indelegabilidade possui muitos pontos cegos ao deixar de lado que a defesa de um Direito Administrativo estritamente vinculado à suposta vontade maximalista dos membros do Parlamento potencializa patologias da democracia brasileira, que não funciona num ambiente deliberativo idealizado, mas num processo intenso de trocas para o alinhamento da coalizão, com baixo teor de representatividade.

É que, no âmbito de um presidencialismo de coalizão,¹⁴ deve-se partir da constatação de que a Administração Pública pressupõe um sistema de trocas e custos. Para governar, o Presidente precisa aprovar leis e emendas constitucionais. Para tanto, numa realidade partidária naturalmente fragmentária, ele deve negociar com o Congresso, liberar emendas, fazer concessões e criar um gabinete alargado, tomando cuidado para não gerar impasse. Um governo de leis pressupõe essa dinâmica.

Nesse sentido, a legalidade administrativa tem um custo político e o debate sobre as delegações legislativas possui uma relação direta com essa discussão. Qualquer teoria que propugne o banimento das delegações legislativas incrementa custos de conhecimento e de alinhamento do Congresso Nacional, com consequências para o funcionamento da democracia brasileira.¹⁵ Quanto mais se exigir

¹⁴ Sobre o conceito de presidencialismo de coalizão, cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988; FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*, n. 44, p. 81-106, 1998. Sobre os incentivos negativos ligados ao presidencialismo de coalizão, cf. PEREIRA, Carlos et al. Presidencialismo de Coalizão e Recompensas Paralelas: explicando o escândalo do mensalão. In: RENNÓ, Inácio Lucio (Org.). *Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 207-232. MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

¹⁵ Com os olhos no desenho das instituições da União Europeia, Giandomenico Majone aponta duas grandes razões para as delegações, sendo a primeira, justamente voltada à redução de custos: "As mais importantes razões para se delegarem poderes (...) são duas: reduzir os custos do processo de tomada de decisão, por exemplo, aproveitando a expertise do Poder Executivo, ou aumentar a credibilidade dos compromissos de

do legislador, mais específicas serão as regras e mais amplas e profundas serão as questões a serem consideradas previamente. Haverá maior dispêndio de tempo e de outros recursos para a formação da vontade legislativa.¹⁶ A coalizão será mais difícil.

Por isso defende-se que a doutrina da indelegabilidade não consegue refletir, em sua visão de democracia e de divisão de poderes, as complexidades do funcionamento institucional brasileiro. Simultaneamente, o que ela propugna é uma perspectiva normativa que tem o condão de produzir um sistema ingovernável, com altos custos de transação. Por isso, trata-se de uma teoria empiricamente míope e normativamente indesejável. Tão indesejável que, na nossa percepção, passou por um processo de transformação que se desdobrou na transformação do sentido de indelegabilidade legislativa, ou, mais especificamente, na mutação do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No próximo tópico, será apresentado o conceito de “mutação constitucional” para, em seguida, desenvolver a tese de que houve mutação do artigo 25 do ADCT, motivada pela atuação das instituições democráticas – no ambiente de interação proporcionado pela Constituição de 1988. Para além dos motivos já apresentados, pretende-se demonstrar a pouca consistência do fundamento normativo da doutrina da indelegabilidade, usando como recurso a própria prática constitucional brasileira.

3 O conceito de mutação constitucional

O passado (e nossa reconstrução imaginada dele) é a grande ferramenta intelectual para conferir legitimidade ou ilegitimidade no presente, e dar uma direção do que legitimidade pode significar no futuro.¹⁷

As normas constitucionais aspiram permanência, mas não a imutabilidade. Daí a necessidade de que se estabeleçam mecanismos para que a Constituição se adapte a novas realidades, sob pena de sua própria obsolescência e inefetividade.

políticas públicas no âmbito da UE” (MAJONE, Giandomenico. Two logics of delegation. Agency and fiduciary relations in EU. In: *European Union Politics*, vol. 2, 2001, p. 103).

¹⁶ Isso sem mencionar que o empenho de especificação e abrangência do legislador será tendencialmente inglório, pois desde o fracasso da Escola da Exegese, sabe-se que a lei não consegue prever tudo. É possível que se produzam iniquidades quando as regras criadas hoje forem aplicadas a casos não pensados (até mesmo porque quanto maior a abrangência, maior será a chance de erros). O excesso de detalhes também gera outra patologia: o surgimento de lacunas indesejadas, as quais poderiam ser evitadas por normas mais gerais. Para usar a categorização de Frederick Schauer, regras podem ser *superinclusivas* ou *subinclusivas*. Sobre o tema da superinclusão e subinclusão de regras, v. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 31-34. V. tb STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103-127.

¹⁷ BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 57

Uma constituição que não evolui torna-se insincera e meramente retórica. Assim, a Lei Maior, ao mesmo tempo em que almeja moldar a realidade, precisa de válvulas de escape de alteração, até para que não se torne um documento antidemocrático perante as novas gerações.¹⁸

O instrumento óbvio de modificação constitucional é o exercício do poder de emenda (art. 60, CRFB). Trata-se da manifestação formal do poder constituinte derivado expressamente autorizado pela Constituição e atribuído ao Congresso Nacional. O poder de emenda é limitado por um procedimento mais rigoroso que o de elaboração de leis, bem como por normas substantivas, denominadas cláusulas pétreas, que garantem a manutenção de uma identidade constitucional mínima. Segundo o citado art. 60, uma emenda à Constituição apenas será promulgada quando respeitadas: (i) as regras de iniciativa (do Presidente da República, de um terço dos membros da Câmara ou do Senado, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, conforme decisão majoritária, ou, ainda, iniciativa popular¹⁹); (ii) as condições de deliberação (que não pode acontecer em momentos de exceção – *i.e.*: estado de defesa ou sítio); (iii) as condições de *quorum* e aprovação (as quais pressupõem discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros); bem como (iv) as cláusulas pétreas, as quais, embora mereçam o cuidado do intérprete de não transformá-las em instrumento de congelamento da história, constituem o DNA básico da vontade originária consagrada pelo constituinte de 1987-88 (o que implica vedação da deliberação de emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais).

A mudança da Constituição não depende, somente, de uma proposta de emenda. A Constituição de 1988 previu a possibilidade de sua modificação por meio da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com processo deliberativo específico (art. 5º, §3º, CRFB – acrescentado pela EC nº 45) e a revisão constitucional, que ocorreu entre outubro de 1993 e março de 1994, por aplicação do art. 3º, ADCT. Mas a possibilidade de transformação constitucional não acaba aí. Os meios formais não esgotam a capacidade de evolução do Texto Maior. Admitem-se vias alternativas de modificação da Carta Magna. E o mecanismo por excelência desse processo informal é o de *mudança constitucional*.²⁰

¹⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 280.

¹⁹ O art. 60 da Constituição não prevê a iniciativa popular para o encaminhamento de emendas à Constituição. Todavia, nos parece viável tal caminho, até mesmo porque é o povo o detentor verdadeiro do poder constituinte (nesse sentido, v. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 287).

²⁰ Segundo Karl Loewenstein, “constituições não são modificadas tão somente por meio de emendas constitucionais formais, mas estão submetidas, quicá em maior grau, à metamorfose imperceptível que sofre

Por força de *mutação*, uma norma constitucional pode ganhar significado novo e eficaz mesmo sem o procedimento próprio para ajustes de texto.²¹ Trata-se de um processo de adaptação informal, mas nem por isso menos respeitável, porquanto se volta a tornar o texto condizente com a realidade, em benefício de novas visões de mundo e do próprio direito.²² O texto constitucional é uma obra inacabada; um ser vivo²³ que viabiliza a democracia, assegura direitos, mas que também se retroalimenta da realidade que pretende conformar. Assim, tem-se documento dinâmico nutrido pelas instituições que a interpretam em constante diálogo,²⁴ de acordo com suas próprias capacidades. Um texto que se transforma por meio da releitura de uma sociedade aberta de intérpretes, para usar a expressão de Peter Häberle.²⁵

De maneira didática, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto falam em quatro vias pelas quais a mutação constitucional pode acontecer. São elas: (i) a evolução jurisprudencial; (ii) a atuação do legislador; (iii) a mudança de costumes ou convenção social e (iv) a atuação do Governo e da Administração Pública.²⁶

De fato, em primeiro lugar, a jurisprudência pode modificar o sentido da Constituição. O STF já destacou ser legítima a “adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República”. Isso ocorrerá, prossegue a Corte, “se e quando [for] imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea”.²⁷ O fenômeno da mutação aconteceu de forma marcante, *e.g.*, no caso das uniões homoafetivas. No julgamento da ADPF nº 132, o STF modificou a interpretação até então prevalecente do art. 226, §3º, CRFB, que negava a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Com isso, superou, inclusive, a intenção do constituinte originário, que rejeitara explicitamente a hipótese.²⁸

toda norma estabelecida por efeito do ambiente político e dos costumes” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1965, p. 218).

²¹ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 99-102.

²² Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (trad. A. Gallego Anabitarte, 2. ed. Barcelona: Ariel, 1965, p. 164; e ACKERMAN, Bruce. The living constitution. In: *Harvard Law Review*, vol. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição (trad. Gilmar Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 342 e seguintes.

²⁷ V. STF, HC nº 96.772/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.8.2009.

²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 344.

Para os fins deste estudo, é pertinente registrar um caso interessante envolvendo a mutação do princípio da legalidade, diante da realidade inflacionária vivida no Brasil no final do século XX.²⁹ Num primeiro momento, o Poder Judiciário – em um cenário de menor inflação – entendia que a correção monetária só poderia ocorrer com expressa previsão legal.³⁰ Posteriormente, em face da brutal realidade trazida pelo aumento incontrolável de preços, o entendimento se modificou, e a jurisprudência passou a concordar com a atualização do valor da moeda, sem expressa determinação legal, nas “chamadas dívidas de valor”.³¹ Por fim, com o completo descontrole da economia e o aumento exponencial da inflação, passou-se a reconhecer a correção monetária em quaisquer hipóteses.³²

A atuação do Poder Legislativo também pode implicar mutação constitucional. O legislador, que também é intérprete da Constituição, pode ser um agente catalizador de mudanças. E isso não apenas pelo poder de emenda, mas por ações legislativas próprias, notadamente por meio da edição de leis. Bruce Ackerman, nos EUA, sustenta que a ação legislativa pode ser um poderoso instrumento de transformação constitucional, tal como aconteceu com o *Civil Rights Act*, de 1964, o qual, em sua leitura, tem estatura constitucional.³³

No Brasil, o fenômeno é visto por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto no que se refere às políticas de ação afirmativa.³⁴ Realmente, o legislador estadual,³⁵ (seguido pelo Congresso Nacional³⁶) tomou a dianteira no processo de criação de mecanismos de promoção da igualdade racial por meio de políticas de ação afirmativa – mormente com o estabelecimento de cotas raciais em estabelecimentos de ensino –, o que acabou sendo, posteriormente, referendado pelo Supremo Tribunal Federal³⁷ como um meio válido para a diminuição da desigualdade racial no Brasil. Isso implicou a metamorfose do sentido do princípio da igualdade (art. 5º, CRFB), que, nos dias de hoje no Brasil, é inseparável de políticas de ação afirmativa.

Costumes podem, também, levar a transformações constitucionais. Não se trata de reconhecer práticas contrárias à Constituição, tampouco transformar o modelo de rigidez constitucional brasileiro em algo que se aproxime da constituição

²⁹ O caso é discutido como exemplo de mutação constitucional por: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

³⁰ STF, RE nº 75.655, Rel. Min. Bilac Pinto, DJ 01.06.1973.

³¹ STF, RE nº 104.930, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 10.05.1985.

³² STJ, REsp nº 2.122, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 20.08.1990.

³³ ACKERMAN, Bruce. The living constitution. In: *Harvard Law Review*, vol. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

³⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 348.

³⁵ O pioneiro neste processo foi o Estado do Rio de Janeiro, com a Lei nº 3.708/2001.

³⁶ V. Leis Federais de nºs 11.096/2005 e 12.258/2010.

³⁷ STF, ADPF nº 186, Rel. Min. Lewandowski, Dje 20.10.2014 e ADI nº 3.330, Rel. Min. Carlos Britto, Dje 22.03.2013.

inglesa. Admitam-se, apenas, os costumes compatíveis com a Lei Maior ou mesmo aqueles que tenham características integrativas (costumes *secundum constitutionem* e *praeter constitutionem*).³⁸ A prática da reedição de medidas provisórias antes da EC nº 32/2001, a qual se dava diante da inexistência de vedação constitucional expressa, pode ser vista como um costume que implicou mutação, referendada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³⁹

Outro *iter* de evolução da Lei Maior é a interpretação constitucional dada pela Administração Pública, notadamente quando liderada pela ação de um Chefe eleito pelo voto popular. O surgimento do Estado Regulador nos EUA sob o comando do Presidente Franklin D. Roosevelt é exemplo de mutação catalisada pela ação da Administração Pública. O *New Deal* transformou a Constituição dos EUA sem que fosse preciso emenda.⁴⁰ Criaram-se direitos econômicos e sociais que implicaram transformações profundas no Direito daquele país.⁴¹

Realmente, a Administração Pública também interpreta a Constituição e pode ser protagonista nos processos de mudança constitucional. No Brasil, o caso citado da reedição das medidas provisórias é ilustrativo a esse respeito. Partiu da Presidência da República e teve o beneplácito da jurisprudência do STF.

A mutação constitucional, por certo, possui limites. Vale dizer: ela não pode implicar uma carta branca para que práticas ilegítimas sejam justificadas por conta de ações reiteradas. Do contrário, seria o mesmo que negar força normativa à Constituição numa derrota perante fatores reais do poder.⁴² Deve haver balizas. E a primeira delas é a dicção constitucional. A mutação deve ser fruto de uma exegese possível do seu texto. Do contrário, será ilegítima.⁴³ Além disso, a mutação deve ser condizente com o sistema constitucional, entendido como o núcleo de escolhas fundamentais do constituinte,⁴⁴ no que se destaca a proteção de cláusulas pétreas.⁴⁵ Sem embargo, “se é certo que o texto constitucional não pode ser ignorado ou

³⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 351.

³⁹ V. STF, ADIs nºs 1.397, 1.516 e 1.610, julgadas em conjunto, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21.11.1997.

⁴⁰ Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. v. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 105-130.

⁴¹ SUNSTEIN, Cass. *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

⁴² HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 101-104.

⁴³ Por tal razão, Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto rejeitam a tese de que o art. 52, X, CRFB teria implicado uma mutação constitucional, tal como defendido por Gilmar Ferreira Mendes, que sustenta que a atribuição do Senado de suspender os efeitos de lei declarada inconstitucional no âmbito do controle difuso de constitucionalidade teria mudado de sentido e seria apenas um dever de dar publicidade à decisão do STF (v. Reclamação 4335-5). V. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 354.

⁴⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 356.

⁴⁵ A propósito, v. BRANDÃO Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

revogado por mutações, não é menos certo que a sua leitura deve abarcar mudanças substanciais ocorridas na sociedade, a serem recepcionadas pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário”.⁴⁶

Pois bem. Apresentado o conceito de mutação constitucional, parece-nos possível afirmar que vedação constitucional às delegações legislativas é norma que sofreu tal transformação. E isso se deu tanto por imposição da realidade quanto pela leitura que os Poderes Legislativos, Judiciário e Executivo fizeram dos princípios da legalidade, da separação de Poderes, como também do art. 25, I, ADCT, sem que isso agredisse a letra e o espírito da Constituição.⁴⁷

4 A mutação constitucional do artigo 25 do ADCT: as competências legislativas do Executivo na democracia

[...] A Constituição de 1988 definiu de maneira fundamental o contrato social do país. Refletindo a mudança nas crenças, a Constituição estipulou novos fundamentos para as políticas públicas de modo a incorporar a inclusão e a redistribuição. [...] Dessa maneira, o texto constitucional estruturou a presidência com grandes poderes, enquanto, ao mesmo tempo, fortaleceu o Legislativo e o Judiciário. Fortificar a presidência refletiu um arraigado consenso das elites políticas; essas competências dilatadas, entretanto, foram projetadas para operar em um cenário de espaço institucional restrito [pelos demais poderes].⁴⁸

A prática institucional brasileira resultou em uma mutação da interpretação da Constituição, em matéria da relação entre os Poderes. A catalisação dessa metamorfose deu-se no bojo do processo legislativo. Ou melhor, na dinâmica de relações construídas entre o Poder Executivo e o Congresso Nacional, na formação de coalizões e no desenvolvimento da agenda indicada pela Presidência da República. O legislador, inserido na realidade do presidencialismo de coalizão, abriu mão de tomar decisões nos mais variados âmbitos e delegou à Administração Pública funções

⁴⁶ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 354.

⁴⁷ Segundo Joaquim Barbosa, o Estado sofreu “metamorfose” pelas “frequentes e profundas alterações, todas elas desencadeadas pela formidável evolução da técnica, pela radical transformação do modo de produção econômica e pela conseqüente modificação das estruturas sociais” (BARBOSA, Joaquim. *Agências Reguladoras: A ‘Metamorfose’ do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21).

⁴⁸ Cf. ALSTON, Lee J. et al. *Brazil in Transition: beliefs, leadership and institutional change*. Princeton: Princeton University Press, 2016. p. 88-90.

criativas.⁴⁹ Um alargamento que, de modo geral, vem recebendo o consentimento do Supremo Tribunal Federal, a despeito de se vislumbrarem decisões pontuais, em que se reconheceu delegação indevida.

De modo geral, o Supremo Tribunal Federal nunca foi claro para delinear a distinção entre poder regulamentar e delegações legislativas. A aversão geral ao vocábulo *delegação* norteia, há muito tempo, os acórdãos da Corte.⁵⁰ Aceitam-se regulamentos, ainda que bem alargados, mas são afastadas delegações.⁵¹ Uma repulsa ainda presente na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal,⁵² de cuja análise se pode concluir que, na verdade, por vezes, trata-se de uma simples questão de nomenclatura, pois inexistente distinção relevante entre o que seja delegação e regulamentação.

O primeiro julgado digno de menção é o do julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.668,⁵³ em que o STF apreciou a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) que atribuem funções normativas à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Dentre os parâmetros de controle,

⁴⁹ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Mudança Constitucional, Desempenho Legislativo e Consolidação Institucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 29, p. 175-200, 1995.

⁵⁰ Conforme Carlos Maximiliano, na vigência da Constituição de 1946, o STF tendia a declarar a inconstitucionalidade norma que dissesse: “O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas”. Reconhecia como constitucional, porém, norma que dissesse: “Fica o Poder Executivo autorizado a dar novo regulamento ou reorganizar o Ensino Superior sobre as seguintes bases: art. 1º - Só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; art. 2º etc.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 411).

⁵¹ Nas palavras do Min. Celso de Mello: “A excepcionalidade da delegação legislativa – que traduz delegação jurídica derogatória do postulado da divisão funcional do poder (CF, art. 2º) – acha-se claramente enfatizada pela norma inscrita no art. 25, I, do ADCT/88, que extinguiu a eficácia de todos os dispositivos legais que houvessem atribuído ou delegado a órgão do Poder Executivo competência para, em caráter primário, exercer prerrogativas inerentes à atribuição parlamentar de legislar” (cf. voto apresentado nos autos da ADI 1.296 MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14.06.1995, DJ 10.08.1995). O ato normativo atacado era a Lei nº 11.205/1995 do Estado de Pernambuco, que autorizara o Governador a conceder benefícios fiscais por decreto, inclusive concedendo isenções e redução da base de cálculo, agredindo, segundo o STF, não só o princípio de indelegabilidade, mas a reserva de lei específica prevista no §6º, do art. 150 da Constituição.

⁵² Em esboço histórico, Juliana Bonacorsi de Palma mostra que isso não é algo recente. Na vigência da Constituição de 1946, por exemplo, em que havia texto expresse vedando delegações, o STF, em diversos casos, desenvolveu racionalidade voltada a rejeitar a caracterização de uma delegação, mas aceitando que a hipótese é na verdade de regulamentação (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 62-63). Juliana de Palma aponta como *leading case* desse processo o RE nº 12.393, julgado em 1952, sob a relatoria do Min. Luiz Galloti. O caso envolvia a delegação feita, pela CLT, ao Ministério do Trabalho, para a fixação e prazo para adaptação de estabelecimentos comerciais às normas de higiene e segurança no trabalho (art. 917 da CLT). Dois trabalhadores, a despeito do prazo que foi então fixado pela Administração, buscaram, em juízo o recebimento de verba de insalubridade. Segundo o STF, ao julgar o caso, “não se trata verdadeiramente de delegação, mas de um daqueles casos em que a própria lei, para ser bem executada, necessita deixar certa margem ao Poder Executivo quanto ao prazo para prosseguimento dos requisitos necessários ao seu cumprimento” (conforme citado por PALMA, Juliana. *Op. cit.*, p. 62).

⁵³ Confira-se a ementa: “COMUNICAÇÕES – LEI GERAL Nº 9.472/97 – CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão” (ADI 1668 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. 20.08.1998, DJ 16.04.2004).

destacavam-se o princípio da legalidade e a norma que veda as delegações legislativas decorrente do art. 25, ADCT.

No julgamento da medida cautelar, a Corte deferiu em parte a medida, para estabelecer interpretação conforme a Constituição dos incisos IV e X do art. 19 da LGT.⁵⁴ Segundo consignado no acórdão: “a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado”. Além disso, quanto inciso II do art. 22,⁵⁵ LGT, a Corte estabeleceu interpretação conforme a Constituição, “com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência”. No voto do Min. Sepúlveda Pertence, ficou, ainda, registrado que “nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente às normas de segundo grau, de caráter regulamentar que o Presidente da República entenda baixar”. O STF, porém, não aprofundou a interpretação do fundamento desse poder normativo, deixando de enfrentar se houve ou não delegação.

Sem embargo, o que se pode dizer com tranquilidade é que o STF fez questão de sublinhar a manutenção da primazia da lei perante a função regulamentar da autarquia. Nada obstante, na prática, tais ressalvas não impediram a transferência de significativas capacidades normativas à ANATEL. Isto é: a exegese do Supremo Tribunal Federal não banuiu a possibilidade de que o legislador, por escolha própria, tal como feita no âmbito da LGT, simplesmente *decida por não decidir* e deixe o problema para o Administrador Público. Disso decorreu uma alargada atribuição criativa da agência, que estabeleceu expressiva parte dos marcos regulatórios dos serviços de telecomunicações. Seria ingênuo sustentar, *e.g.*, que o regime do serviço de telefonia fixa seja regido, essencialmente, por normas da Administração Pública e não pela lei. E isso porque o legislador assim quis. Isto é: resolveu por deixar as questões relacionadas às telecomunicações no âmbito das decisões da Administração Pública (Presidência da República e ANATEL⁵⁶).

⁵⁴ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; (...) X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;”.

⁵⁵ “Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;”.

⁵⁶ A propósito da partilha de competências em questão, v. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre a política e a expertise: a repartição de competências entre o Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. In: *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 4, 2008.

O mesmo tipo de raciocínio pode ser vislumbrado no caso em que se apreciou a validade de normas relativas ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT).⁵⁷ Em tal oportunidade, o STF admitiu, mesmo no âmbito tributário, que a lei deixasse para o regulamento a complementação de conceitos de baixa densidade normativa, porquanto isso não significaria ofensa ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição). Nas palavras do Min. Carlos Velloso: “Em certos casos (...) a aplicação da lei, no caso concreto, exige aferição de dados e padrões. Nesses casos, comete ao regulamento essa aferição”. E continua asseverando que não há que se falar, “em casos assim, em delegação pura, que é ofensiva ao princípio da legalidade genérica (art. 5º, II, da Constituição) e da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição)”.

Discutia-se, especificamente, a possibilidade de o art. 22 da Lei nº 8.212/1991⁵⁸ deixar em aberto a definição do que seriam “atividade preponderante” e “grau de risco leve”, o que permitiu que o Poder Executivo os definisse. Realmente, o elástico semântico dessas locuções permite amplificada ação normativa ao Presidente da República, sendo possível indagar até que ponto os *standards* legislativos eram suficientes perante as exigências do princípio da legalidade. Entendeu-se que sim.

⁵⁷ STF, RE nº 343.446-SC, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 20.03.2003, DJ 04.04.2003, p. 40. Veja-se a ementa do julgado: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, §4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, §4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - *As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio e grave”, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I.* IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido.

⁵⁸ “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Vide Medida Provisória nº 680, de 2015)

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

Julgou-se legítimo que o legislador permitisse que o Poder Executivo indicasse o sentido concreto das expressões “atividade preponderante” e “grau de risco leve”, o que teria implicações na definição da própria obrigação tributária, sem que isso levasse, na leitura do STF, a uma violação ao princípio da legalidade.

O caso das leis penais em branco⁵⁹ heterogêneas⁶⁰ também ilustra o quadro de indefinição sobre os limites das delegações legislativas na jurisprudência. Refere-se a leis com tipos penais que conterão complementação de fonte legislativa diversa daquela que a criou. É o caso, por exemplo, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), cujo art. 28 prevê expressamente que o seu complemento, com a indicação do próprio conceito de droga ilícita, será editado pela Administração Pública.⁶¹ Assim, o tráfico de maconha só é crime porque a ANVISA definiu essa erva como droga ilegal. Existe forte crítica doutrinária sobre essa estratégia legislativa de reenvio da definição de condutas criminosas.⁶² Para os seus críticos, a proliferação dessas medidas incorpora um processo de *administrativização* do Direito Penal, que afasta os representantes do povo da definição da *ultima ratio*.⁶³ A despeito dessa censura, a prática referendou as leis penais em branco, com o apoio da jurisprudência do STJ⁶⁴ e do STF, que, embora não tenha enfrentado a questão diretamente, acabou por pragmaticamente aceitar a delegação de forma indireta.⁶⁵

Todos esses precedentes criam sistemática bastante favorável ao exercício de uma alargada competência regulamentar. Tão dilatada que podem ser chamadas de efetivas delegações legislativas. Hipóteses em que o legislador escolheu não tomar partido, deixando ao Administrador Público a tarefa de criar normas e indicar

⁵⁹ A lei penal em branco indica a tipificação de crime que depende de norma posterior que lhe dê conteúdo. Trata-se de hipótese em que a lei penal é imperfeita e exige a complementação de outra norma jurídica, que irá integrar o próprio tipo penal. Em outras palavras, são normas de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, as quais necessitam de complementação que, no geral, tem caráter extrapenal (cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral. Vol. 1.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192).

⁶⁰ Há dois tipos de leis penais em branco: as homólogas e as heterogêneas. As normas penais em branco homólogas são aquelas em que a complementação advém de norma de mesmo grau hierárquico. Como exemplo, cita-se o art. 237 do Código Penal, o qual tipifica o crime de bigamia: “Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”. Como os impedimentos descritos na conduta tipificada estão contidos em outro diploma normativo emanado do Poder Legislativo, no caso, o Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, em seu art. 1.521, este é caso típico de norma penal homóloga ou homogênea. Quanto a estas, não há maiores debates sobre a sua viabilidade jurídica (GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal – Parte Geral, v. 1.* 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 20-22).

⁶¹ “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]”.

⁶² Para uma monografia sobre o assunto, v., SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro W; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro – Teoria geral do direito penal.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 205. V. também: GRECO, Rogerio, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁴ V., por todos, STJ, HC nº 95.939-MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe 03.03.2009.

⁶⁵ V., por exemplo, o HC nº 94.397/BA, 2ª turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 09.03.2010.

rumos. Nada obstante, desse conjunto de julgados não se extrai um conceito claro sobre o quanto se deve exigir do legislador.⁶⁶

Sob uma perspectiva doutrinária, Egon Bockmann Moreira e Heloisa Caggiano, após o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sustentam que a Corte adotou um *conceito amplo de legalidade*, que “não se limita à concepção clássica (...), nem à dita legalidade estrita”.⁶⁷ E prosseguem os autores, com foco nas funções normativas das agências reguladoras, para a conclusão de que se caminha para uma *verdadeira mutação constitucional*. Em suas palavras:

Este novo sentido amplo atribuído ao princípio da legalidade pelo Supremo Tribunal Federal (...) configura sério indício de verdadeira mutação constitucional em face da concepção clássica propagada, e aplica-se com perfeição à questão do poder normativo conferido às agências reguladoras, órgãos da Administração Pública indireta que visam à regulação da economia, como forma de assegurar o bom desempenho das funções regulatórias, sem perder de vista os limites, *standards*, previstos em lei.⁶⁸

Para nós, como já decorre do texto, a mutação constitucional relativa ao sentido da vedação às delegações, portanto, é um fato.⁶⁹ Ela é o produto da interação entre os poderes instituídos na dinâmica democrática brasileira, com a aquiescência geral do Supremo Tribunal Federal, num processo intenso de diálogo constitucional.⁷⁰ Logo, é dever do intérprete destrinchar esse significado renovado das delegações legislativas. E veja-se que se trata de alteração de sentido que não agride a literalidade do art. 25, ADCT, pois tal dispositivo, em sua dicção, apenas se aplica para as delegações feitas no passado,⁷¹ o que não impede novas delegações, desde que inseridas na nova realidade democrática instituída a partir de 5 de outubro de 1988.

E tudo isso foi sendo consagrado por uma prática administrativa e legislativa que se afirmou num processo natural. A verdade é que a experiência – se não foi

⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação do princípio da legalidade? In: *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pciCntd=97658>, acesso em: 15 jul. 2015.

⁶⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação do princípio da legalidade? In: *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pciCntd=97658>, acesso em: 15 jul. 2015.

⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação do princípio da legalidade?, *op. e loc. cit.*

⁶⁹ Defendendo a mutação constitucional da vedação às delegações na Constituição pretérita, v. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986 p. 29.

⁷⁰ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues*. Interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 11.

⁷¹ Ressaltando esse sentido literal, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 276.

decisiva – contribuiu significativamente para legitimar a atuação regulamentar.⁷² E para isso, não é preciso dizer, como demonstra Itiberê de Oliveira Rodrigues, que desde o Império havia forte tendência de alargamento da regulamentar da Administração Pública.⁷³ Basta reconhecer que, durante o regime democrático instituído pela Constituição de 1988, criou-se uma cultura geral de ação regulamentar que não se mostrou contrária aos desígnios constitucionais, mas uma ferramenta capaz de contribuir para o avanço da democracia e a preservação de direitos.

Está-se a falar de uma Administração Pública liderada por um Presidente eleito democraticamente, num regime com significativo grau de procedimentalização e transparência, com controles democráticos e jurídicos. De uma Administração que exerce suas funções regulamentares, inclusive, para alargar direitos previstos na Constituição, tal como ocorreu com a interpretação dada pela Presidência da República ao art. 68 do ADCT, que trata do direito dos remanescentes de comunidades de quilombos. Sem adentrar o debate sobre o acerto da Chefia do Poder Executivo na medida adotada,⁷⁴ o fato é, como ressaltam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, que o Decreto nº 4.887/2003 exerceu o papel importante de dar um rumo inclusivo na proteção de uma minoria.⁷⁵

Outro exemplo ilustrativo dessa atuação democrática do Poder Executivo se dá no âmbito das Conferências Nacionais de Políticas Públicas, processos participativos periódicos que reúnem representantes da sociedade civil e do Estado com o propósito de formular e avaliar a implementação de políticas públicas. Inspirada pelas propostas e análises oriundas de tais conferências, a Presidência da República tem desenvolvido e modificado diversas políticas públicas voltadas a atender demandas por direitos de grupos minoritários. Nesse sentido, o Executivo tem atuado com um importante vetor de inclusão de grupos sociais vulnerabilizados.⁷⁶

⁷² Carlos Ari Sundfeld argumenta que os denominados regulamentos autorizados foram legitimados pela experiência (v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 277).

⁷³ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito*. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54-89.

⁷⁴ A questão aguarda apreciação do Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI nº 3.239. Já votaram o relator, Min. Cezar Peluso e a Min. Rosa Weber. O primeiro julgando procedente a ação e declarando a inconstitucionalidade do decreto e a segunda votando pela improcedência da ADI. Na sequência, houve pedido de vista do Min. Dias Toffoli.

⁷⁵ Segundo os autores: “Neste caso, o Poder Executivo não inventou um novo conceito de quilombo, substituindo-se ao poder constituinte, mas acolheu em ato normativo um novo significado mais amplo e generoso do termo, plenamente compatível com o espírito e valores da Constituição de 88 (...). A mutação foi resultado de uma intensa mobilização social, que teve como protagonistas os próprios quilombolas, o movimento negro em geral e a categoria profissional dos antropólogos, mas que se sedimentou com a edição do ato normativo em questão, e vem pautando as ações do Poder Público Federal na área” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 350).

⁷⁶ POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. Where Participation Matters: The impact of a national level democratic innovation on policymaking in Brazil. In: RÖMMELE, Andrea; SCHÖBER, Henrik (Org.). *The Governance of Large-*

O processo de mutação exposto não significa que a lei tenha perdido seu espaço. Ele existe e é essencial que seja protegido. A lei não deve ser transformada num mero instrumento autorizador de funções normativas pela Administração Pública. O legislador pode e deve fazer muito. Sem embargo, uma visão que idealize o papel da lei não é condizente com as necessidades atuais, tampouco se justifica perante a Constituição e mesmo com o art. 25, ADCT, cujo sentido sofreu inegável mutação constitucional.

Não nos parece, portanto, que, do ponto de vista jurídico, haja uma vedação peremptória às delegações. A atividade regulamentar a partir de normas abertas (*leis quadro*) pode ser válida. Para tanto, é preciso que se lhe desenhem meios de legitimação e controle. Eles constituirão a chave para a redefinição do próprio sentido da função normativa do Poder Executivo. Na verdade, o processo de delegações, sem infirmar o regime constitucional, pode contribuir para o seu aperfeiçoamento, com a dinamicidade exigida pelos dias de hoje, ao passo em que aprimora a democracia e cria incentivos para que não ocorra usurpação, mas cooperação institucional.

5 Conclusão

As delegações legislativas, sobretudo as delegações amplas, nunca foram causa ou fundamento da hipertrofia do Executivo.⁷⁷

Em 1946, de maneira muito sensata e ainda sentindo a presença do Estado Novo varguista, Victor Nunes Leal apontou que a existência de delegações legislativas, por si só, não seria capaz de indicar uma hipertrofia tirânica do Poder Executivo. Muito menos, haveria uma relação intrínseca entre as delegações e o autoritarismo. Conforme o jurista, o fundamento de regimes autoritários não se consolida, de maneira fetichista, a partir da existência de um determinado instituto. Se há algo em comum entre ditaduras e democracias é a necessidade de arranjos institucionais complexos, capazes de proporcionar estruturas de poder responsivas aos ímpetus democráticos ou autoritários da elite política e da sociedade.

Em 1988, o impacto dos 21 anos de uma ditadura civil-militar capitaneada por um Executivo hipertrofiado fortaleceu uma visão de que a existência ou não de um instituto específico, como a delegação legislativa, seria capaz de transformar a própria natureza do regime político. Dessa maneira, a despeito das diversas

Scale Projects. 1. ed. Baden Baden: Nomos, 2013, p. 173-194; POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. Entre Representação e Participação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro. Projeto Pensando o Direito. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/27pensando_direito_relatorio.pdf>.

⁷⁷ LEAL, Victor Nunes. Delegações Legislativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 380, 1946.

transformações na relação entre os Poderes e dos vastos instrumentos para democratização das instituições, surgiu uma doutrina da indelegabilidade, cujo propósito, louvável, era preservar a democracia e a separação de poderes. Movida por esse desejo, tal doutrina interpretou a Constituição de 1988 de acordo com suas convicções, dando um sentido extremamente restritivo ao art. 25, ADCT.⁷⁸

Contudo, a prática democrática revelou uma realidade diferente. Nesse sentido, a perspectiva pós-autoritária de Victor Nunes Leal⁷⁹ continuou gozando de atualidade. E o fato é que a Constituição de 1988 conseguiu criar uma divisão mais harmônica entre os poderes, dentro da qual o predomínio de um poder sobre o outro é contingencial e todos têm instrumentos para frear uns aos outros.

Nesse ambiente, a prática das delegações se consolidou na atuação do Legislativo e do Executivo, sendo progressivamente consentida pelo Poder Judiciário. Como se apontou neste artigo, do ponto de vista interpretativo, isso representou uma mutação explícita dos sentidos do art. 25, ADCT, segundo a qual a proibição de delegações se restringiu àquelas feitas no passado, não produzindo, portanto, efeitos para o futuro.

Por essa razão, a doutrina da indelegabilidade foi progressivamente esvaziada. Por um lado, por defender uma visão de democracia e de separação de poderes que não encontra esteio na realidade institucional brasileira – cujo funcionamento é muito mais complexo do que visões formalistas poderiam retratar. Por outro lado, seu fundamento normativo, a interpretação restritiva do art. 25, ADCT, tornou-se meramente acadêmica e livresca, perdendo qualquer contato com a concretização do dispositivo por parte dos poderes constitucionais.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio Henrique de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. The living constitution. In: *Harvard Law Review*, vol. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.
- ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. v. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- ALSTON, Lee J. et al. *Brazil in Transition: beliefs, leadership and institutional change*. Princeton: Princeton University Press, 2016.
- ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. In: *Revista Jurídica da PGM-SP*, n. 2, jun. 1996.

⁷⁸ Uma questão digna de investigação diz respeito a saber o quanto a tentativa de se criar uma “macronarrativa” para o autoritarismo, a transição e a consolidação democráticas, na América Latina, não levou a uma perspectiva que ignora as peculiaridades do desenho institucional brasileiro.

⁷⁹ Para um histórico geral do debate de 1946, no qual estava engajada Leal, v. ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa? *Revista de Direito Administrativo*, v. 271, p. 193-221, 2016.

- ATALIBA, Geraldo. Delegação normativa: limites às competências do CMN e BACEN. In: *Revista de Direito Público*, v. 24, n. 98, p. 50-69, abr./jun. 1991.
- BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: A 'Metamorfose' do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 175-176.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 205.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre a política e a expertise: a repartição de competências entre o Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. In: *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 04, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. Vol. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARDOSO, Fernando Henrique. On the Characterization of Authoritarian Regimes in Latin America. In: COLLIER, David (Org.). *The New Authoritarianism in Latin American*. Princeton: Princeton University Press, 1979.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*, n. 44, p. 81-106, 1998.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues*. Interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford University Press: Oxford, 2013.
- GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição* (trad. Gilmar Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LEAL, Victor Nunes. Delegações Legislativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 380, 1946.
- LIMONGI, Fernando. O Poder Executivo na Constituição de 1988. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Org.). *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 2008, v. 1, p. 23-56.

- LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A Transição e a Consolidação da Democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Trad. Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.
- MAJONE, Giandomenico. Two logics of delegation. Agency and fiduciary relations in EU. In: *European Union Politics*, vol. 2, 2001.
- MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work*. Checking the president in a multiparty system. New York: Palgrave Macmillan, 2013.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação do princípio da legalidade? In: *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97658>, acesso em: 15 jul. 2015.
- NETO, Octavio Amorin. O Poder Executivo, centro da gravidade do Sistema Político Brasileiro. In: AVELAR, Luíza; CINTRA, Antônio Octavio (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2ª reimpressão, 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi. Atividade normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- PEREIRA, Carlos et al. Presidencialismo de Coalizão e Recompensas Paralelas: explicando o escândalo do mensalão. In: RENNÓ, Inácio Lucio (Org.). *Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 207-232.
- POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. “Entre Representação e Participação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro”. Projeto Pensando o Direito. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/27pensando_direito_relatorio.pdf>.
- POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. Where Participation Matters: The impact of a national level democratic innovation on policymaking in Brazil. In: RÖMMELE, Andrea; SCHÖBER, Henrik (Org.). *The Governance of Large-Scale Projects*. 1. ed. Baden Baden: Nomos, 2013, p. 173-194.
- ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa? *Revista de Direito Administrativo*, v. 271, p. 193-221, 2016.
- RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito*. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54-89.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castello*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103-127.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass. *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Delegação legislativa – A legislação por associações. In: *Revista de Direito Público*, v. 22, n. 90, p. 179-188, abr./jun. 1989.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Poder Regulamentar. In: *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, p. 439-456.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CYRINO; André; NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.487.
