HISTÓRIA DO DIREITO

Uma chave interpretativa para a história da administração pública nos Estados Unidos da América

Resenha do livro: W. J. Novak. *New Democracy – The creation of the Modern American State*

Laila Maia Galvão

Em 1996 o professor e pesquisador estadunidense William Novak lançava o livro *The People's Welfare*. A obra era uma espécie de resposta àqueles que encontravam nos Estados Unidos da América do século XIX a terra do *laissez-faire* e da atuação tímida do Estado. Novak demonstrou, a partir de uma investigação ampla de várias fontes primárias e precedentes da época, que havia uma forte presença estatal em diferentes áreas da vida urbana americana, buscando, assim, desconstruir o mito da América como paraíso do liberalismo.

Em 2022 é publicado em inglês o novo livro de Novak com o mesmo objetivo – questionar a mitologia liberal estadunidense – mas dedicado a um outro período histórico. Em *New Democracy – The creation of the Modern American State*, Novak investiga o período entre os anos de 1866 e 1932, abarcando a Reconstrução pós-guerra civil até o momento que antecede o *New Deal*. Nesse interregno de mais de vinte cinco anos entre um livro e outro, o pesquisador publicou uma quantidade muito significativa de artigos (Novak, 2008, 2014, 2020, 2021, 2022 – apenas para citar alguns exemplos), porém com recortes mais específicos. Os dois livros fazem parte de um esforço para construir uma visão macro acerca do processo de construção do Estado americano.

Esse esforço não está apenas na produção acadêmica de Novak. Recentemente, houve um considerável incremento na produção sobre a história do direito administrativo nos Estados Unidos da América. Essa tendência acadêmica não pode ser dissociada de debates mais contemporâneos naquele país, especialmente nos governos Obama e Trump, sobre temas como o poder das agências governamentais ou o conceito de *deep state*. Mesmo livros que debatiam temas contemporâneos, como o *Is administrative law unlawful*?, de Philip Hamburger (2014), acabavam por resvalar na discussão acerca das origens do direito administrativo e de sua legitimidade.

Um dos marcos recentes dessa literatura americana sobre a história do direito administrativo é a obra de Daniel Ernst (2014) *Tocqueville's nightmare*. O autor investigou como as cortes judiciais e os advogados foram importantes para a emergência, nos Estados Unidos da primeira metade do século XX, de um Estado administrativo moderno associado aos valores do devido processo legal e do respeito aos direitos individuais. William Novak, por sua vez, parece não estar tão interessado nas cortes judiciais. Um dos argumentos centrais de seu livro, inclusive, é que o modelo de intervenção estatal descrito em seu livro anterior, *The People's Welfare*, tinha um caráter muito mais local e centrado nas cortes. A novidade nessa transição do século XIX para o XX teria sido justamente a substituição desse modelo por um Estado moderno muito mais centralizado e voltado para mudanças, que atribuía mais protagonismo para o Poder Executivo do que para o Poder Judiciário.

O livro *New Democracy* está dividido em seis capítulos, dedicados a seis transformações no campo jurídico que ele considera cruciais para a emergência desse Estado administrativo moderno. Os temas dos capítulos são*: citizenship, police power, public utility, social legislation, antimonopoly* e *democratic administration*. Sem a intenção de descrever em pormenores o conteúdo de cada capítulo, vale chamar atenção para os elementos que se destacam na obra e que, de certa forma, trazem uma nova contribuição para o debate da história do direito administrativo.

Se, no primeiro capítulo, o autor faz questão de retomar o conceito de *citizenship*, bastante comum nas pesquisas de história do direito americano, no segundo capítulo é colocado em evidência o conceito de *police power*, ainda pouco aprofundado nesse tipo de pesquisa. Ele enxerga nas transformações da ideia de poder de polícia, ainda durante o século XIX, a seguinte transição que foi feita nos Estados Unidos: antes o Poder Legislativo estadual tinha a atribuição

ISSN 2675-9284
DOI

de aprovar regras e normas para regular interesses privados, de acordo com uma visão do commom law de uma *well-regulated society*; em um segundo momento é o Poder Executivo que assume essa função, de modo mais centralizado e generalista e conectado a uma doutrina de direito público e a uma noção de poder regulatório moderno.

Ainda no capítulo sobre poder de polícia, Novak apresenta talvez a tese mais controversa de seu livro. Segundo ele, a chamada *Era Lochner*, conhecida como um período em que a Suprema Corte Americana derrubava regulações econômicas, na verdade não significou nos Estados Unidos um período de *laissez-faire*. Para ele, a exceção engoliu a regra. O que poderia ter sido uma história do poder de polícia se tornou uma história do *judicial review* do poder de polícia, ou seja, a história das poucas vezes que as cortes judiciais derrubaram essas regulações. Esse controle realizado pelas cortes e, no caso, pela Suprema Corte Americana, teria representado apenas uma parte dessa história. O cidadão americano se deparava, no seu dia a dia, com uma enxurrada de regulações da vida social e econômica que poderiam tranquilamente nos levar a chamar esse período de "Era do Poder de Polícia e da Utilidade Pública". Segundo o autor, a maioria dessas regulações não chegaram a ser derrubadas pelo *judicial review* e, por isso, seria possível contar a história desse período tendo por base a imensa quantidade de regramentos das mais diferentes áreas.

No terceiro capítulo, é explorado o conceito de *public utility*, fundamental para expandir o conceito de poder de polícia para além da visão do common law e das restrições constitucionais. O poder de polícia, antes associado a análises caso a caso por meio de litígios judiciais surgidos após as violações, passa a ser um instrumento muito mais geral e centralizado voltado para a regulação de grandes áreas, como a economia e as corporações. Esse tema é retomado no quinto capítulo, quando se associa o tema da *public utility* ao tema das leis antitruste. Assim, o autor destaca como o enfrentamento aos monopólios não representava um tema meramente técnico, mas sim o enfrentamento de um problema social de concentração do poder.

É assim que Novak encerra o livro, em seu sexto capítulo, dando destaque às discussões acerca da democracia naquele período. Muitas das reformas promovidas na virada do século XIX para o XX tinham como pano de fundo o combate à corrupção e à plutocracia e a construção de um Estado efetivamente democrático.

Esse breve resumo dos principais temas pode passar a impressão de que o autor pinta de forma muito positiva o período histórico. No entanto, uma leitura atenta indica que houve uma preocupação em mostrar as contradições existentes. No capítulo relativo ao *social welfare*, por exemplo, o autor mostra os dois lados dessa moeda da regulação, uma vez que o Estado expandia sua esfera de influência e intervenção em questões relativas à moralidade e à sexualidade. Esse controle buscava dar conta dos problemas sociais, das "patologias sociais" e das "desordens sociais", por meio da ampliação do alcance do poder de polícia - por meio de *injunctions* e *abatement acts* - e das novas estratégias de punição e encarceramento, com uma série de prejuízo a populações mais vulneráveis.

O desafio de escrever uma obra mais geral é enorme. Por um lado, os leitores se beneficiam de uma leitura que dá conta de atravessar um longo período histórico e narrar suas principais características a partir de uma chave explicativa mais abrangente. Por outro lado, é óbvio que certos temas não são explorados em muito detalhe. A leitura de *New Democracy*, portanto, pode ser muito bem complementada por uma série de livros e artigos que emergiram nos últimos anos sobre essas temáticas. Como bem destacou Mark Tushnet em sua resenha sobre o livro, algumas dessas "ausências" no livro podem, na verdade, representar um convite para que ou-

tros pesquisadores contribuam com essa síntese produzida por Novak, "para colocar tópicos periféricos mais perto do centro ou para mover os centros os círculos sobrepostos mais para perto uns dos outros" (Tushnet, 2022).

No caso do direito administrativo brasileiro, como ressaltado por Walter Guandalini Junior e Lívia de Lima Teixeira em resenha publicada anteriormente nesta Revista (2021, p. 351) "o direito administrativo brasileiro é um objeto ainda por ser historiado". Assim, as revisões panorâmicas de caráter dogmático-cronológico já feitas no Brasil sobre a história do direito administrativo foram realizadas por autores que não buscaram o rigor metodológico e historiográfico necessário para a empreitada. O livro de Novak, que traz essa visão panorâmica, mas que é, ao mesmo tempo, fruto de uma vida dedicada aos estudos desses temas, nos mostra como uma obra desse tipo pode movimentar o debate na área, inclusive em relação a temas mais específicos.

A publicação de Novak tem rendido muitas discussões nos Estados Unidos. Há, por exemplo, críticas a uma suposta falta de evidências empíricas que sustentariam o equívoco de se associar o *New Deal* à emergência do Estado americano moderno (Tomlins, 2022). Há, também, elogios à habilidade do autor em apontar que a base legal e intelectual que sustentou o *New Deal* foi sendo gerada anos, até décadas, antes (Kloppernberg, 2022). Mesas redondas e simpósios estão sendo organizados para debater a obra a partir de uma análise franca sobre seus méritos e lacunas (por exemplo Lee, 2022; Lobel, 2022; Walker, 2022).

Apesar de o livro ter como objeto essa transição do século XIX para o XX nos Estados Unidos da América, creio que sua leitura pode ser muito proveitosa para o público brasileiro em geral. Primeiramente, considerando o vasto interesse da área constitucional brasileira pela trajetória do constitucionalismo estadunidense, o livro de Novak pode ajudar a desmistificar a ideia do excepcionalismo americano, ainda replicada acriticamente por liberais brasileiros.

O livro também busca promover uma diferente perspectiva daquela que enxerga o *New Deal* como um marco inicial de um novo momento constitucional, como por exemplo a obra de Bruce Ackerman (2000) que foi traduzida para o português e que teve grande circulação nos meios acadêmicos. Esse olhar para a história do direito administrativo estadunidense para além do *New Deal* pode inspirar, de certo modo, a produção de uma história da Administração Pública que não tenha como marco inicial os anos 1930. No caso brasileiro isso costuma acontecer com a chamada "Era Vargas", considerada por muitos o momento inaugural da construção do Estado administrativo moderno. No entanto, vale destacar que pesquisadores da história do direito administrativo brasileiro têm buscado matizar essa narrativa, como já feito por Airton Seelaender em relação ao estudo das "ilhas de intervenção" da Primeira República (2006).

O livro de Novak também pode contribuir para um questionamento da associação automática que muitas vezes é feita no Brasil entre expansão do Estado administrativo e autoritarismo. O próprio título da obra, *New Democracy*, chama a atenção para o fato de que os intelectuais americanos da Era Progressiva tinham como uma grande preocupação a promoção da democracia. O livro nos ajuda a compreender melhor o pragmatismo americano e essa noção de democracia que respingou no Brasil pelas mãos de alguns pensadores e políticos da época, como Anísio Teixeira e Hermes Lima. Afinal, a prevalência de autores mais autoritários no decorrer da década de 1930 não foi um processo "natural" ou "automático", mas sim, em certa medida, a consequência da perseguição a juristas e pensadores mais democráticos que, naquele período, foram encarcerados ou tiveram que fugir dos grandes centros urbanos (Galvão, 2021, pp. 85-87).

Para além desse debate sobre a articulação entre democracia e Administração Pública, as pesquisas historiográficas demonstram, cada vez mais, a relevância do direito administrativo dos EUA para a construção do direito administrativo brasileiro. Juristas brasileiros buscaram referências não só nos autores franceses, mas também nos autores americanos para compreender os conceitos de "serviço público" e "utilidade pública". Alguns dos códigos referentes a recursos naturais brasileiros, elaborados na década de 1930, foram inspirados na legislação americana. Além dessa influência mais direta, há também todo um ideário progressivista que é, de certa forma, incorporado por pensadores do direito público brasileiro (ver, por exemplo, Hansen, 2018).

Novak já anunciou em palestras recentes que em seu próximo livro pretende voltar no tempo e investigar a construção do Estado Americano no período da independência e da confecção da Constituição ainda no século XVIII. O novo livro será, então, o último volume dessa trilogia voltada para compreender os meandros desse processo de construção do Estado nos EUA. A cronologia pode parecer estranha, afinal Novak escreveu primeiro um livro sobre o século XIX, para depois avançar para o século XX e retornar agora para o século XVIII. No entanto, o percurso é bastante lógico. Para ele, há muitos equívocos na compreensão atual a respeito dos chamados *founding fathers* e da própria história do constitucionalismo americano. Para citar um rápido exemplo: com a saída dos Britânicos, as Treze Colônias criam seus *Provincial Congresses*, mas, antes disso, esses congressos eram comitês de segurança e inspeção. Para Novak, as temáticas do poder de polícia e da administração pública são temas centrais da Revolução Americana e de seus desdobramentos e, por isso, é preciso voltar para o período revolucionário. Há, portanto, uma direta conexão entre direito constitucional e questões administrativas que merece ser valorizada.

No caso brasileiro, esse tipo de percurso também faz sentido. Basta notar que pesquisadores que dedicaram anos de pesquisa à Primeira República ou aos anos 1930, eventualmente, dão um passo para trás na cronologia para buscar discussões mais antigas sobre poder de polícia que são decisivas para a reconfiguração do papel do Estado e da Administração e que, portanto, são fundamentais para compreender a história do direito brasileiro. Quando o pesquisador é motivado por grandes perguntas, nem sempre se limitar a um recorte temporal muito restrito é o caminho mais satisfatório. Muitas vezes, é a própria pergunta que o leva para temporalidades mais amplas e mais distantes. O mérito de Novak é, ao assumir essa trabalhosa tarefa, conseguir costurar esses diferentes tempos e temas por meio de uma chave interpretativa comum, que de forma ousada e corajosa desafia o senso comum sobre a suposta ausência de um Estado forte na história dos EUA.

Referências

Ackerman, B. (2000) *We the People - Volume 2*: Transformations. Harvard University Press.

Ernst, D. R. (2014). *Tocqueville's nightmare*: the administrative state emerges in America (1900-1940). Oxford University Press.

Galvão, L. M. (2021). *Constituição, educação e democracia*: A Universidade do Distrito

Federal (1935-1939) e as transformações da Era Vargas. Editora UnB.

Guandalini, W. J.; Teixeira, L. S. P. (2021). O Direito administrativo do Estado Interventor. *Revista História do Direito*.

Hamburger, P. (2014). *Is Administrative Law unlawful*? The University of Chicago Press.

Hansen, T. F (2018). *Codificar e conservar*: ciência e pensamento jurídico na formação do código florestal brasileiro de 1934. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Kessler, J. K. (2015). The struggle for administrative legitimacy. *Harv. Law. Review.*

Kloppenberg, J. T. (2022) Review of William J. Novak's *New Democracy – The creation of the Modern American State*. *Michigan Journal of Law & Society*.

Lee, S. Z. Revolution versus Evolution in Bill Novak's *New Democracy*. *Yale Journal on Regulation*. In: <https://www.yalejreg.com/nc/symposium-novak-new-democracy-01/>

Lobel, O. (2022). The (re)new(ing) democracy and cyclical forms and substance of regulatory governance. *Yale Journal on Regulation*. In: < https://www.yalejreg.com/nc/symposium-novak-new-democracy-10/>

Novak, W. J. (2014). A revisionist history of regulatory capture. In: D. Carpenter & D. A. Moss (Eds.) *Preventing Regulatory Capture* – special interest influence and how to limit it. Cambridge University Press.

Novak, W. J. (2021). Morals, Sex, Crime, and the Origins of Modern American Social Police. In: M. Canaday; N. F. Cott & R. O. Self (Eds.). *Intimate States: Gender, Sexuality, and Governance in Modern US History*. The University of Chicago Press.

Novak, W. J. (2022). *New Democracy*: the creation of the Modern American State. Harvard University Press.

Novak, W. J. (2020) The American Law of Overruling Necessity: The Exceptional Origins of State Police Power. In: G. Gerstle & J. Isaac. *States of Exception in American History*. The University of Chicago Press.

Novak, W. J. (2008). The myth of the "weak" American State. *American Historical Review*.

Novak, W. J. (1996). The People's welfare: law and regulation in nineteenth-century America. The University of North Carolina Press.

Novak, W. J. (2017). The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation. In: N. R. Lamoreaux & W. J. Novak (Eds.) Corporations and American Democracy. Harvard University Press.

Rosenblum, N. (2014). "Administration and Legal Orthodoxy: A Review of Tocqueville's Nightmare," *Soc'y U.S. Intell. Hist. Blog*.

Seelaender, A. C. L. (2006). Pondo os pobres no seu lugar: igualdade constitucional e in-

tervencionismo segregador na Primeira República. In M. B. Lima & J. M. Coutinho (Eds.), *Diálogos constitucionais*. Renovar.

Tomlins, C. (2022). The State before the State: A Critique of *New Democracy*: The Creation of the Modern American State, by William J Novak. *American Journal of Legal History*.

Tushnet, M. (2022). *William Novak's New Democracy: The Creation of the Modern American State -- a Mini-Review*. In: <https://balkin.blogspot.com/2022/04/william-novaks-new-democracy-creation.html>.

Walker, C. J. Lesson's from Novak's *New Democracy* for Federal Administrative Law. *Yale Journal on Regulation*. In: < https://www.yalejreg.com/nc/symposium-novak--new-democracy-09/>

Data de Recebimento: 20/06/2022

Data de Aprovação: 04/12/2022